



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

BACHARELADO EM DIREITO

PAULA ROSA CAETANO

**O SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA
NOÇÃO EM CRISE?**

BRASÍLIA

2013

PAULA ROSA CAETANO

**O SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA
NOÇÃO EM CRISE?**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Doutor Mamede Said Maia
Filho

BRASÍLIA

2013

PAULA ROSA CAETANO

**O SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO: UMA NOÇÃO
EM CRISE?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Prof. Mestre Lucas Rocha Furtado

Prof. Mestre Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Brasília, 27 de novembro de 2013.

A Deus, meu maior motivo.

Aos meus pais, Carlos e Abadia, meus grandes incentivadores e exemplos.

Aos meus irmãos, Daniela e Ricardo, meus melhores amigos.

Ao Rafael, meu amor.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho, para mim, é motivo de grande alegria. Primeiramente, porque foi fruto de intensa pesquisa, a qual me demandou inúmeras horas de dedicação e estudo. Concluí-lo, pois, traz a sensação de dever cumprido, de meta alcançada. Em segundo lugar, porque traduz o fechamento de um ciclo iniciado há cinco anos, quando ingressei na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Naquela época, ser aprovada no vestibular parecia um sonho. Ao torná-lo realidade, descobri o nascimento de um sonho ainda maior: o de chegar à tão sonhada formatura. Passaram-se cinco anos desde então e os aprendizados colhidos ao longo desse tempo são incomensuráveis. Se hoje chego ao final desse ciclo, alcançando mais esta conquista, é graças a várias pessoas que foram fundamentais nessa caminhada, pois dividiram comigo os meus sonhos e me incentivaram sempre. Quero, portanto, agradecer a cada uma delas.

A Deus, razão da minha vida, por me acompanhar e iluminar sempre e pelos verdadeiros milagres realizados ao longo desses cinco anos.

Aos meus pais, Carlos e Abadia, por todo o amor com que sempre me apoiaram e me incentivaram a ir além.

Aos meus irmãos, Daniela e Ricardo, por me ajudarem em tudo e por serem a razão da minha alegria de todos os dias.

Ao Rafael, por, mesmo distante, estar sempre presente, compartilhando meus sonhos e torcendo por mim.

Aos meus amigos antigos do Colégio Militar de Brasília, em especial, Tiago, Camila, Monique e Alface, pela amizade incondicional e por dividirem comigo todos os momentos especiais.

Aos colegas da Faculdade de Direito, por todos os bons momentos vividos ao longo do curso e pela ajuda no dia-a-dia.

Aos meus queridos amigos Itanússia, Jonathas, Myller, Bruno e Larissa, por tudo o que me ensinaram, por compartilharem comigo todas as alegrias e angústias na elaboração desta monografia e por sempre me darem motivos para sorrir.

Às minhas queridas amigas Bárbara, Andréa, Gabriela, Caroline e Flaviane, por estarem sempre presentes e por terem feito a minha vida mais feliz nestes últimos cinco anos.

Aos meus amigos catequistas da Paróquia Santa Cruz e Santa Edwiges e aos meus catequizandos do Pós-Crisma, pelas orações e pela torcida em todos os momentos.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, por tudo o que me ensinaram, contribuindo para a minha formação acadêmica.

Ao meu orientador, Professor Mamede Said Maia Filho, pela disponibilidade, paciência, atenção, cordialidade e apoio, os quais foram fundamentais na elaboração deste trabalho.

Aos membros da banca examinadora, Professor Lucas Rocha Furtado e Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, pela oportunidade e pela gentileza de cederem seu tempo.

**Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.**

Luís de Camões

RESUMO

Os serviços públicos são uma categoria jurídica que surgiu na França, no século XIX, a partir do trabalho desenvolvido pela jurisprudência francesa, tendo sido sistematizada no século XX, quando a doutrina se debruçou sobre o tema e criou a chamada “noção tradicional de serviço público”. A partir daí, esse instituto ganhou o mundo, chegando, inclusive, ao Brasil. A ideia de serviço público está intimamente relacionada às exigências do momento histórico no tocante às relações desenvolvidas entre o Estado e a sociedade. Assim, as diversas transformações ocorridas na forma de se conceber a atuação estatal promoveram mudanças também nos critérios orientadores da noção clássica de serviço público, o que levou alguns doutrinadores a sustentarem que a concepção atualmente estaria em crise, inclusive no Direito brasileiro. Com base nisso, a pesquisa desenvolvida no presente trabalho parte da controvérsia de que, se por um lado a ideia de serviço público ainda está muito presente no cenário nacional, por outro, esse instituto sofreu tantas alterações, que seria possível imaginar que sua conformação original estaria perdendo a importância. Dessa forma, esta monografia busca responder a pergunta-problema que foi trazida no título do trabalho, discutindo se a noção de serviço público está realmente em crise ou se, ao contrário, continua se mostrando adequada à realidade do Direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito brasileiro; serviços públicos; crise; transformações no papel do Estado.

ABSTRACT

Public services are a legal category originated in France, during nineteenth century, based on french jurisprudence. It has been systemized in the following century when the doctrine dedicated some efforts in analyzing this institute, creating the traditional notion of public service. Since that, this idea started spreading all over the world, including in Brazil. The institute of public service has been deeply connected to the relations between state and society along history. Thus, when the state influence has changed, it has been reflected in the classic notion of this institute, what makes some scholars to support that its actual conception would be in crisis, specially in Brazilian Law. With that in mind, the present research starts from the contradiction that the idea of public service is still present in the national scenario, however it is possible to imagine that its original conformation has lost value for being updated so many times. Therefore, this thesis tries to answer the problem-question externalized in the present title, deducing whether the actual notion of public service is in crisis or whether it continues reasonable to Brazilian Law reality.

Keywords: Brazilian Law; public services; crisis; state's role transformations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I	16
1. EVOLUÇÃO E ALCANCE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	16
1.1 Origem da ideia de serviço público	16
1.1.1 A concepção de Léon Duguit.....	18
1.1.2 A contribuição de Gaston Jèze.....	20
1.1.3 Distinções entre Léon Duguit e Gaston Jèze	22
1.2 As diversas acepções atribuídas ao serviço público	23
1.2.1 Dificuldades na definição de serviço público	23
1.2.2 Os vários conceitos de serviço público	24
1.2.3 Os critérios orientadores da noção de serviço público	27
1.2.3.1 Critério subjetivo ou orgânico	27
1.2.3.2 Critério objetivo ou material	28
1.2.3.3 Critério formal	28
1.2.4 A evolução dos critérios orientadores da noção de serviço público	29
1.2.5 A noção tradicional de serviço público e seus critérios orientadores	29
1.2.6 Críticas aos critérios orientadores da noção de serviço público	30
CAPÍTULO II	35
2. AS “CRISES” DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	35
2.1 A primeira “crise” da concepção de serviço público	35
2.1.1 A transição do Estado Liberal para o Estado Social e os reflexos na concepção de serviço público.....	35
2.1.2 O serviço público em “crise”	38
2.1.3 Críticas à hipótese da primeira crise na noção de serviço público	41
2.2 A pretensa crise atual da noção de serviço público	44
2.2.1 Mais mudanças no papel do Estado	44

2.2.2 Mudanças no papel do Estado Brasileiro e o impacto nos serviços públicos.....	48
2.2.3 Os serviços públicos no âmbito do direito comunitário europeu.....	50
2.2.4 “Morte” do serviço público?.....	55
CAPÍTULO III.....	58
3. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL.....	58
3.1 A Constituição de 1988 e as transformações na noção de serviço público.....	58
3.1.1 A Ordem Econômica prevista na Constituição Federal	58
3.1.1.1 Livre iniciativa e livre concorrência.....	59
3.1.2 O reflexo da adesão do Estado Brasileiro ao paradigma neoliberal: a atuação subsidiária do Estado	60
3.1.3 As atividades estatais e o serviço público	64
3.1.4 Serviços públicos e atividades econômicas	67
3.1.5 Titularidade estatal.....	72
3.1.6 Regime jurídico.....	76
3.2 A possível crise da concepção de serviço público no Direito brasileiro	79
3.2.1 Razões que justificariam a ideia de crise.....	79
3.2.2 A sobrevivência do serviço público	81
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

O mundo moderno tem trazido inúmeras inovações. A globalização e os avanços tecnológicos alcançados nos últimos tempos promoveram – e ainda promovem – diversas transformações nas estruturas sociais, abarcando desde as relações interpessoais até o papel desempenhado pelo Estado.

Em sede desse panorama de mudanças, surgem novos problemas e, conseqüentemente, novas demandas da sociedade, de modo que algumas categorias jurídicas acabam por ser classificadas como ultrapassadas e obsoletas, sendo acusadas de não mais traduzirem a realidade. Passa-se, então, a exigir que o ente estatal forneça respostas satisfatórias aos novos anseios sociais, redefinindo a sua forma de atuação e, inclusive, adequando os institutos jurídicos às novas necessidades.

Os serviços públicos inserem-se nesse contexto, na medida em que constituem uma categoria jurídica que foi amplamente atingida por essas recentes transformações. Isso se deve ao fato de que a noção de serviço público tem forte vinculação com o papel do Estado no qual está inserida, razão pela qual as alterações na atuação estatal implicam mudanças também no modo de se conceber o instituto.

A noção de serviço público surgiu na França, tendo sido elaborada a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês durante o século XIX. Entretanto, ganhou sistematização e notoriedade no início do século XX, quando foi criada pela doutrina a teoria dessa categoria jurídica, desenvolvida pela Escola do Serviço Público – também conhecida por Escola Realista ou de Bordeaux –, cujos principais expoentes foram Léon Duguit e Gaston Jèze. Para eles, a ideia de serviço público seria o centro do direito administrativo.

A partir dos estudos dessa doutrina clássica, elaborou-se a noção tradicional de serviço público, a qual abarca três critérios orientadores: subjetivo (atividades desempenhadas pelo Estado), material (atividades que visam à satisfação de interesses gerais) e formal (atividades executadas sob regime jurídico de direito público).

Essa noção clássica de serviço público, com maiores ou menores variações, espalhou-se rapidamente, ganhando o mundo. Chegou ao Brasil pela primeira vez na Constituição de 1934 e faz parte da Carta Magna de 1988, vigente hoje. Todavia, desde então, não foi erigido um conceito de serviço público pela legislação brasileira, tendo a Constituição atual e as leis fornecido apenas certos parâmetros para a sua caracterização.

Por esse motivo, a definição desse instituto acaba ficando nas mãos da doutrina, o que enseja várias controvérsias, tendo em vista que cada doutrinador atribuirá a ele as características que julgar pertinentes. A conceituação de serviço público, portanto, é tarefa das mais difíceis no Direito brasileiro.

Entretanto, a despeito dessa dificuldade em sua definição, fato é que os serviços públicos constituem uma categoria jurídica com grande importância no contexto nacional, mantendo forte vinculação com as demandas da sociedade.

Ocorre que, devido a essa íntima ligação com as demandas sociais, apesar de a noção de serviço público continuar presente no texto constitucional pátrio vigente, as diversas transformações pelas quais passou o Estado brasileiro recentemente levaram ao surgimento de novas nuances acerca desse instituto, de tal sorte que estabelecer com precisão as características necessárias para conceituá-lo tornou-se tarefa árdua e controversa.

Por esse motivo, alguns doutrinadores, inclusive, têm defendido que a noção de serviço público estaria em crise no Brasil, pois, devido às várias alterações sofridas, a concepção tradicional do instituto – que forneceu as bases para estruturar a noção de serviço público no âmbito brasileiro – já não seria mais capaz de retratar a realidade nacional.

A situação-problema que serviu como ponto de partida para este trabalho insere-se nesse contexto. É que, por um lado, a ideia de serviço público ainda está muito presente no cenário brasileiro, estando, inclusive, prevista constitucionalmente. Por outro lado, porém, esse instituto sofreu – e ainda vem sofrendo – tantas transformações, que seria possível imaginar que sua conformação original estaria perdendo completamente a importância.

A presente monografia busca, assim, enfrentar justamente esse problema: em razão de todas as modificações que o serviço público tem sofrido nos últimos tempos, pode-se dizer que os traços que lhe caracterizam e conformam sua definição realmente estão colocados em xeque no ordenamento jurídico brasileiro da atualidade?

Os objetivos da pesquisa consistem em verificar a forma como se insere o serviço público no cenário nacional, bem como as transformações pelas quais passou esse instituto jurídico ao longo da história, através do estudo da evolução de sua noção. Ademais, pretende-se analisar quais os fundamentos que levaram os doutrinadores a afirmarem a crise da concepção de serviço público.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, para fins deste trabalho, entende-se “crise” como o declínio ou a falência de um conceito, isto é, o abandono progressivo de uma ideia que se tinha sobre algo, motivada pela crença de sua inadequação à realidade.

Nesse sentido, a pesquisa parte da hipótese de que a noção de serviço público não estaria em crise, pois, na verdade, essa categoria jurídica não teria sido abandonada, mas, ao contrário, continua sendo largamente utilizada no âmbito nacional.

Para comprovar se essa hipótese está correta ou não, foi necessário fazer uma análise histórica do serviço público, verificando como se deu sua evolução e quais foram as alterações ocorridas ao longo do tempo, inclusive, no Direito brasileiro. Ademais, foi fundamental perquirir sobre a origem da ideia de que a noção de serviço público estaria em crise, analisando-se os fundamentos apresentados pelos doutrinadores para sustentá-la.

Com o fito de alcançar os objetivos estipulados e de verificar a veracidade da hipótese aventada, dividiu-se o trabalho em três capítulos. O primeiro diz respeito à evolução e ao alcance da noção de serviço público, analisando a origem do instituto na França, bem como a contribuição da Escola clássica francesa para a formação da noção tradicional. Ademais, analisam-se, ainda, as diversas acepções de serviço público, traçando um paralelo entre as definições apresentadas por diversos autores brasileiros, de modo a identificar nelas os critérios orientadores da noção tradicional.

O segundo capítulo trata das possíveis “crises” da noção de serviço público, mostrando como as transformações no papel do Estado tiveram reflexos na concepção desse instituto. Analisa-se, assim, o que a doutrina classifica como a “primeira crise” do serviço público, que teria ocorrido em meados do século XX, em razão da transição do Estado Liberal para o Estado Social. Debruça-se também sobre a pretensa crise atual da noção – defendida por alguns doutrinadores¹ – a qual, segundo eles, teria razão de ser em virtude das novas mudanças que ocorreram na atuação estatal. Tais alterações estariam relacionadas ao advento das ideias neoliberais – que promoveram a redução do tamanho do Estado e a consequente ampliação do espaço destinado à iniciativa privada –, bem como à influência do direito comunitário europeu, no qual a noção tradicional de serviço público sofreu consideráveis mudanças, tendo estas culminado na substituição da expressão “serviços públicos” por “serviços de interesse econômico geral”.

Por fim, o terceiro capítulo cuida especificamente do cenário brasileiro, apresentando as transformações sofridas pelos serviços públicos após a Constituição Federal de 1988, com a inserção do princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mostra-se, ainda, como a adesão do Estado Brasileiro ao paradigma neoliberal

¹ Gaspar Ariño Ortiz chega, inclusive, a afirmar a “morte” do serviço público. Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, afirma que essa categoria jurídica, atualmente, pouco reflete a realidade. Ressalte-se que esse tema será retomado e mais bem explorado ao longo do trabalho.

influenciou a forma de atuação estatal, refletindo-se diretamente na concepção de serviço público. Ademais, analisa-se especificamente como os critérios orientadores da noção clássica têm sido entendidos no contexto brasileiro atual, buscando verificar se a noção tradicional de serviço público ainda tem aplicação prática no país.

Dessa forma, será possível responder à pergunta que foi trazida no título deste trabalho, concluindo se a noção de serviço público atualmente está em crise ou se, ao contrário, continua se mostrando adequada ao contexto social e econômico e à realidade mesma do Direito brasileiro.

CAPÍTULO I

1. EVOLUÇÃO E ALCANCE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1 Origem da ideia de serviço público

A ideia de que o Estado tem o dever de prestar certos serviços à coletividade está intimamente ligada às relações existentes entre Estado e sociedade ao longo da história.

As instituições jurídicas estão profundamente vinculadas às relações entre o ente estatal e a coletividade no momento histórico em que são desenvolvidas. Dessa forma, há uma dinamicidade nessas relações, de tal modo que se modificam conforme o contexto social, político, ideológico e econômico a que se sujeitem. E as instituições jurídicas, por sua vez, conseqüentemente, também não se mantêm incólumes com o passar do tempo, haja vista a necessidade de adequação à realidade para que sobrevivam².

Em se tratando do serviço público, observa-se que tal conceito foi objeto de várias transformações, sempre buscando adequar-se às exigências do momento histórico vivenciado.

Atribui-se a Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, a primeira utilização da expressão *serviço público*³. Tal expressão foi utilizada pelo autor, na época, como sinônimo de atividades gerais do Estado⁴.

A concepção de serviço público no sentido como se entende hodiernamente⁵, porém, decorreu – segundo a corrente mais aceita⁶ – da jurisprudência francesa, tendo como marco

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

³ CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. O serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 371.

⁴ Nesse sentido, o serviço público teria duas conotações: a primeira é a ideia de uma atividade que visa à satisfação de necessidades coletivas; a segunda tem caráter de atividade sucessora ao serviço que antes era prestado pelo monarca. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 20.).

⁵ Dinorá Grotti diz que essa é a “doutrina clássica sobre o serviço público”, surgida na França. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 26.).

⁶ Frise-se que autores como Jean de Soto, Jean-François Lachaume, Claudie Boiteau, Hélène Pauliat e Joël Carbajo asseveram que a importância atribuída ao aresto *Blanco* é exacerbada, uma vez que, apesar de ter empregado a expressão *serviço público*, esta provavelmente não possuía o sentido específico que lhe foi atribuído posteriormente por teóricos como G. Teissier. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 29).

significativo o aresto *Blanco* (ou *arrêt Blanco*)⁷, em que, ante a necessidade de delimitar a competência para decidir um caso concreto, passou-se a identificar um regime próprio para os serviços públicos, os quais deveriam ser julgados pelo Conselho de Estado, e não mais pelo Tribunal de Conflitos⁸.

O aresto *Blanco* reveste-se de importância, uma vez que contribuiu para a determinação da seara de atuação do Conselho de Estado francês, órgão responsável pela resolução de conflitos administrativos, além de ter contribuído para a própria delimitação do conteúdo do direito administrativo⁹.

Outro julgado da jurisprudência francesa extremamente significativo para o desenvolvimento da noção de serviço público é o aresto *Terrier*¹⁰, o qual foi responsável pelo reconhecimento do serviço público com base no conteúdo das atividades¹¹ que eram desempenhadas¹².

A partir de julgados como esses, em que os tribunais franceses decidiam a competência para julgar certas contendas, passou-se ao estabelecimento de alguns critérios identificadores dos serviços públicos, estabelecendo as bases para que fosse criada doutrina acerca desse tema.

Nesse contexto, surgiu, na França, no início do século XX, a Escola do Serviço Público, também conhecida por Escola Realista ou Escola de Bordeaux, cujos principais expoentes foram Léon Duguit e Gaston Jèze.

⁷ O aresto *Blanco* trata-se de conflito de competência resolvido pelo Tribunal de Conflitos da França em 1873. Ocorreu que a menina francesa Agnès Blanco foi atropelada, na cidade de Bordeaux, por um veículo da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, empresa que, à época, fazia parte da Administração Pública francesa. Por esse motivo, o pai da menina propôs ação judicial pretendendo a responsabilização estatal pelos danos sofridos pela filha. Tendo sido suscitado conflito de competência no bojo desse processo, o Tribunal de Conflitos francês decidiu que, em se tratando de serviços públicos, o órgão competente para julgar contendas é o Conselho de Estado. Entendeu-se, assim, que a responsabilidade estatal não pode ser regida pelo Código Civil, devendo ser regulada por normas especiais.

⁸ Importante ressaltar que a jurisdição francesa é dividida em contencioso administrativo e justiça comum. Assim, as causas envolvendo a Administração Pública devem ser resolvidas pelo Conselho de Estado – órgão máximo do contencioso administrativo – e não pela justiça comum. Entretanto, havendo divergências quanto à competência correta para a decisão de certa contenda, tais conflitos de jurisdição são solucionados pelo Tribunal de Conflitos.

⁹ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

¹⁰ O aresto *Terrier* refere-se ao caso em que o Conselho Geral da localidade de Saône-et-Loire, na França, comprometeu-se ao pagamento de um prêmio para quem executasse um serviço de caça às víboras. Um dos particulares que efetuou tal serviço foi M. Terrier, o qual, entretanto, não recebeu o valor prometido. Assim, pretendeu a parte lesada obter a condenação da prefeitura local ao pagamento do prêmio devido.

¹¹ Consignou-se, nesse julgamento, que “tudo o que dissesse respeito à organização e funcionamento de serviços públicos gerais ou locais estaria ao abrigo do princípio da ‘gestão pública’, ou seja, sujeito à jurisdição administrativa.” (JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 27.).

¹² RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 69.

A despeito de seus adeptos apresentarem particularidades em seus pensamentos, fato é que há um denominador comum entre eles, qual seja, a ideia de que o serviço público é o centro do direito administrativo, de modo que o Estado seria um conjunto de serviços públicos¹³.

1.1.1 A concepção de Léon Duguit

Léon Duguit, em seus estudos, preocupou-se veementemente com o fundamento de legitimidade do Estado, buscando um novo critério de justificação da atuação estatal, a qual seria alicerçada não mais na soberania, mas no serviço público¹⁴.

Para Duguit, o conceito de serviço público substitui a ideia de soberania como fundamento do direito público. A noção de serviço público, em sua compreensão, nasceu no próprio espírito dos homens, uma vez que esta advém da distinção entre governantes e governados¹⁵.

Os governantes, de fato, têm obrigações que lhe são impostas face aos governados, de tal sorte que é a realização desses deveres que origina seu *poder*¹⁶ frente aos demais. Assim, o autor define quais são, para ele, os elementos constitutivos do serviço público:

eles consistem, essencialmente, na existência de uma obrigação de ordem jurídica que se impõe aos governantes, isto é, àqueles que detêm o poder em um dado país, obrigação essa de garantir, sem interrupção, a realização de uma certa atividade¹⁷.

Verifica-se, pois, que, para Duguit, o serviço público surge como a imposição de uma função social, segundo a qual os governantes teriam deveres para com seus governados, deveres estes que justificavam sua força e seu poder¹⁸. O serviço público seria, assim, tanto a

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Georges Vedel, esclarece que “*La thèse fondamentale est que tout le droit administratif s’explique par la notion de service public.*” (VEDEL *apud* BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 140).

¹⁴ JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 29.

¹⁵ DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 33. Disponível em <<http://archive.org/stream/lestransformati00dugugoo#page/n10/mode/2up/search/service+public>>, acesso em 23/08/2013.

¹⁶ Léon Duguit fala em “*plus grande force*” (DUGUIT. *Les transformations du droit public*, p. 33.).

¹⁷ DUGUIT. *Les transformations du droit public*, p. 41, tradução nossa.

¹⁸ Monica Spezia Justen, com base no ensinamento de Alain-Serge Mescheriakoff, ensina que “o surgimento da noção de serviço público de DUGUIT se deveu ao fato de que, em face da chamada ‘solidariedade social’, cada membro da sociedade teria ‘obrigações’ proporcionais à sua posição na sociedade no sentido de alcançar uma ‘finalidade’ (*loi de but*).” (JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 31.).

base quanto o limitador do poder governamental. Já o Estado, por sua vez, nada mais seria que “uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes”¹⁹.

A noção de serviço público desenvolvida por esse autor advém de sua adesão ao positivismo sociológico, motivo pelo qual entende que o direito aplicável é aquele embasado na realidade social, integrado ao comportamento da sociedade e à história do povo²⁰. Sendo assim, o serviço público é entendido como algo que se constata observando fatos sociais, e não como uma mera criação:

é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante²¹.

Isso faz com que a noção de serviço público dada por esse doutrinador seja muito mais de caráter sociológico que jurídico, haja vista não fornecer os elementos que o caracterizem perante o Direito. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “O conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas os que norteiam ou devem nortear o legislador”²².

Por esse motivo, a definição de serviço público feita por Léon Duguit é considerada objetiva, fluida e abstrata. Frise-se, nesse sentido, que, a despeito de defender a importância de seu posicionamento, o próprio autor chega a reconhecer que a noção que apresenta é vaga, não permitindo indicar quais são os serviços públicos²³.

Com efeito, uma vez que entende o autor que o Direito não é algo construído, mas sim formado através da observação da sociedade, o serviço público surge como algo inerente à distinção entre governantes e governados. Os deveres impostos aos governantes em face dos governados têm caráter objetivo, haja vista emergirem naturalmente das relações sociais existentes entre ambos, isto é, são fruto da interdependência social entre eles. Por esse motivo,

¹⁹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 34.

²⁰ BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2007. p. 50.

²¹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 33.

²² BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 141.

²³ “Cette notion de service public est bien vague, dira-t-on, et elle ne permet point d’indiquer quels sont les services publics. Je ne méconnais point que toutes les difficultés sont loin d’être écartées. Mais néanmoins j’estime que l’idée que j’exprime est fondamentale.” (DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, t. 2. Paris: Fontemoing, 1921. Disponível em <<http://www.archive.org/stream/traitedroitco02dugu#page/56/mode/2up>>, acesso em 23/08/2013.).

como explica Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, os serviços públicos não podem ser delimitados de forma apriorística, pois são atividades impostas aos governantes que

variam no decurso do tempo dependendo dos elementos objetivos que informam a interdependência social. Em outras palavras, considera-os como função da interdependência cuja resultante varia de acordo com a variação de seus componentes²⁵.

Em suma, Duguit permitiu justificar a existência de um direito administrativo derogatório do direito privado e que atribuía certas prerrogativas à Administração Pública. Inverteu-se, pois, o eixo metodológico do direito administrativo, passando da ideia de poder estatal para a ideia de serviço público, de tal forma que o direito administrativo passou a ser entendido como um complexo de princípios e normas que se desenvolviam em torno da noção de serviço público²⁶.

Ressalta-se, entretanto, que, a despeito das várias críticas feitas à obra de Léon Duguit²⁷, sua contribuição para a noção de serviço público foi de grande relevância, razão pela qual continua sendo intensamente estudada ainda hoje.

1.1.2 A contribuição de Gaston Jèze

Assim como Léon Duguit, Gaston Jèze também considera a ideia de serviço público como o centro do direito administrativo, uma vez que, para ele, o papel destinado ao direito administrativo é o de formular regras especiais que levem ao bom funcionamento dos serviços públicos²⁸.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 141.

²⁵ No mesmo sentido, ensina Monica Spezia Justen: “As características peculiares de uma determinada época poderiam erigir à categoria de serviço público uma atividade que, em outro tempo, teriam (*sic*) caráter diverso. (...) Percebe-se que havia um traço de ‘maleabilidade’ da noção de serviço público de DUGUIT, que a fez se adaptar à transição do modelo de Estado liberal ao modelo de Estado Providência.” (JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 33).

²⁶ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 34.

²⁷ Dinorá Grotti, com base nos ensinamentos de Martínez Marin, afirma que a obra de Duguit é fortemente contestada na França, sendo qualificada como uma teoria anárquica e incompatível com a realidade social, uma vez que se pretendia simultaneamente anarquista e socialista. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 35). Ademais, Fernanda Bourges comenta que os autores Mônica Spezia Justen e José Cretella Júnior também criticam o posicionamento de Duguit, entendendo a primeira que ele utilizava o termo “serviço público” de forma indiscriminada e o segundo que a ideia do serviço público como sendo consequência da distinção entre governantes e governados é inconcebível. (BOURGÉS. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 53).

²⁸ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 147.

Gaston Jèze, todavia, em oposição a Duguit, perfilhou-se à corrente do positivismo jurídico, razão pela qual, para ele, “a ideia de serviço público se acha intimamente vinculada à de procedimento de direito público”²⁹.

A preocupação desse autor era em apresentar um critério jurídico para a concepção de serviço público. Para tanto, propôs uma concepção subjetiva e formal, segundo a qual era importante perquirir a vontade do legislador – ao estabelecer a legislação – em relação à atividade administrativa desenvolvida. Nota-se, assim, que, para Jèze, não importava a apreensão de uma realidade sociológica para desenvolver o serviço público – como aconteceu com Duguit –, mas sim de uma realidade jurídica.

Jèze entende, portanto, que:

dizer que em determinada hipótese existe serviço público equivale a afirmar que os agentes públicos, para dar satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, sem que a isto se possa opor nenhum obstáculo insuperável de ordem jurídica³⁰.

Verifica-se, pois, que o cerne do conceito de serviço público desenvolvido por Gaston Jèze reside na superioridade do interesse público sobre o interesse particular. Assim, o serviço público nada mais seria que um conjunto de regras especiais (regidas por um regime jurídico especial de direito público) cujo objetivo seria o de satisfazer necessidades de interesse geral da sociedade³¹. Algumas dessas necessidades deveriam ser satisfeitas de forma exclusiva pela Administração Pública, outras concorrentemente entre ela e os particulares, e algumas, em situações excepcionais, apenas pelos particulares³².

O autor entende, portanto, que o serviço público é um procedimento técnico, marcado por esse regime especial no qual há a supremacia de interesses gerais sobre interesses particulares³³. Dessa forma, se o serviço fosse público, os agentes poderiam se valer dos procedimentos de direito público, utilizando-se de normas especiais, a fim de fazer preponderar o interesse público sobre o privado em situação específica.

Segundo Jèze, a existência de serviço público quando da execução de certa atividade administrativa deve ser avaliada no caso concreto, sempre averiguando a intenção

²⁹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 35.

³⁰ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. 2, t. 1. Tradução direta da 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948. p. 4, tradução nossa.

³¹ Afirma Jèze que a Administração Pública tem o dever de satisfazer as necessidades de interesse geral da sociedade em todos os países civilizados. Dessa forma, cita alguns exemplos dessas necessidades: defesa nacional, polícia, justiça e trânsito. (JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, p. 3).

³² BOURGES. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 54.

³³ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 149.

dos governantes no que concerne àquela atividade específica, de modo que é a autoridade legislativa a responsável por decidir se, em certo caso, há ou não serviço público, independentemente da opinião de autores ou juristas³⁴. Resta clara, assim, a preocupação desse autor em instituir critério jurídico que atendesse ao direito positivo, afastando-se da busca que fez Duguit por um critério material ou substancial de serviço público³⁵.

Essa concepção de Gaston Jèze, conforme aponta Fernanda Schuhli Bourges, permite que o regime de direito público seja aplicado aos serviços públicos de maneira mais clara. Por outro lado, não há a possibilidade de a sociedade fazer o controle da prestação de serviços públicos, uma vez que, cabendo tão somente aos governantes a decisão quanto à aplicação ou não do regime jurídico especial, os indivíduos ficam à mercê da vontade legislativa³⁶.

1.1.3 Distinções entre Léon Duguit e Gaston Jèze

Percebe-se, pois, grandes diferenças entre Léon Duguit e Gaston Jèze, os quais, apesar de convergirem quanto ao papel central que ocuparia o serviço público no direito administrativo da época, divergiram sobre o caráter da noção de serviço público. Desse modo,

enquanto Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, examinando a matéria mais em termos de ‘fieri’ que em termos de ‘facto’; (...) Jèze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, ‘o processo de direito público’ e associa estreitamente o serviço público administrativo e o direito administrativo³⁷.

Com efeito, enquanto Duguit apresentou uma concepção mais abstrata e objetiva acerca da noção de serviço público, Jèze, por outro lado, adotou concepção subjetiva e formal.

Ademais, se Léon Duguit procura limitar a atuação estatal através do serviço público, entendendo que os governantes não poderiam desviar-se do dever de prestar serviços

³⁴ Gaston Jèze afirma que “A intenção dos governantes é a única coisa a ser considerada. A opinião de tais ou quais autores não tem importância nenhuma, sendo indiferente a opinião pessoal do jurista que resolve a dificuldade. O jurista pode muito bem decidir que, a seu critério, os governantes se equivocaram ou não ao determinar a existência de um serviço público; esta não é, porém, a questão principal para o tribunal chamado a pronunciar-se em determinado processo. Pode ocorrer que o jurista descubra excelentes razões políticas, econômicas ou sociais para que não se satisfaça determinada atividade de interesse geral por meio do serviço público. Porém, digamos uma vez mais, não constitui questão *jurídica* o fato de terem os governantes razão ou se haverem equivocado, nem tampouco a opinião do senhor X, jurista de renome, por muito interesse que desperte seu parecer.” (JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, p. 20, tradução nossa.).

³⁵ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 37.

³⁶ BOURGES. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 55.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 150-151.

públicos, Gaston Jèze, por sua vez, não aponta a obrigatoriedade de que os governantes satisfaçam os interesses gerais da sociedade através do serviço público. De fato, para Jèze, essa obrigação somente surge quando há expressa previsão legal³⁸.

Deve-se considerar também outro ponto de divergência entre ambos. Para Duguit, o serviço público se revelava tanto pelo sentido de instituições quanto pelo sentido das atividades materiais. Entretanto, conforme a concepção defendida por Jèze, uma atividade poderia ter somente a aparência de serviço público, mas não o ser, em razão de não ter sido assumida legalmente pelo Estado. Da mesma forma, uma atividade sem cunho de serviço público poderia ser realizada pelo ente estatal haja vista a existência de previsão legal³⁹.

Ressalta-se, portanto, que, apesar das peculiaridades dos posicionamentos de cada um, tanto Léon Duguit quanto Gaston Jèze foram responsáveis pela estruturação das bases para a construção da doutrina moderna acerca dos serviços públicos.

1.2 As diversas acepções atribuídas ao serviço público

1.2.1 Dificuldades na definição de serviço público

Ante a simples análise dos posicionamentos dos expoentes da Escola do Serviço Público francesa, pode-se apreender a dificuldade existente na elaboração de uma noção universal de serviço público desde as concepções iniciais acerca desse instituto.

De fato, “a doutrina clássica do serviço público careceu de um critério uniforme, preciso, que permitisse a formulação de uma definição de alcance geral, o que, porém, não impediu a sua rápida difusão, com maiores ou menores variações”⁴⁰.

Com efeito, a despeito de convergirem quanto ao papel de destaque do serviço público no direito administrativo, Léon Duguit e Gaston Jèze divergiam sobre os elementos básicos que o caracterizavam. O mesmo acontece com diversos outros autores atualmente, havendo discrepâncias entre as concepções adotadas e entre os elementos que reputam como caracterizadores do instituto.

³⁸ BOURGES. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 56.

³⁹ JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 46.

⁴⁰ GROTTI. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 43.

Alexandre Santos de Aragão afirma que a larga amplitude que abarca a noção de serviços públicos advém justamente da matriz francesa, a qual equiparava essa categoria jurídica a toda atividade estatal⁴¹.

Segundo o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, o fato de o conceito de serviço público ser fluido advém do momento histórico vivenciado, uma vez que este traz necessidades e contingências de ordem política, econômica, social e cultural⁴².

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta “o quanto é difícil obter-se um denominador comum para a noção de serviço público e o quanto é imprecisa sua conceituação (...)”, aduzindo que a concepção quanto a esse instituto admite vários significados distintos⁴³. Assim, ensina o autor que

por singular que pareça, não obstante sua importância capital, o conteúdo do serviço público e respectiva definição nunca foram precisos e uniformes. Paradoxalmente, é de crer que este mesmo fato haja contribuído para assegurar-lhe o relevo de que desfrutou⁴⁴.

No contexto brasileiro atual, verifica-se que os problemas na conceituação de serviço público esbarram na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isso ocorre porque, apesar de o texto constitucional dispor, em seu art. 175, que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, a legislação brasileira não conceituou o instituto, deixando tal tarefa à doutrina, a qual, por sua vez, apresenta distinções conforme a visão de cada autor.

1.2.2 Os vários conceitos de serviço público

Ante a falta de um conceito uniforme de serviço público fornecido pela legislação nacional, os doutrinadores brasileiros buscam criar suas próprias definições. Tem-se, assim, que alguns autores adotam um conceito mais amplo de serviço público, enquanto outros preferem uma definição mais restrita.

Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem vários conceitos de serviço público na doutrina brasileira, os quais podem ser graduados de forma decrescente:

⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 128-129.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 373.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 151.

⁴⁴ *Idem*, p. 136-137.

os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública⁴⁵.

Mário Masagão, por exemplo, apresentou um conceito bem amplo de serviço público, considerando este “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”⁴⁶. O autor abrange, assim, as atividades legislativa e administrativa, excluindo somente a judiciária.

Noutro giro, inserem-se doutrinadores que atribuem um caráter mais restrito à definição de serviço público. Nessa seara, encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual,

*serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo*⁴⁷.

Para Bandeira de Mello, portanto, essa noção de serviço público é composta necessariamente de dois elementos: material (diz respeito às atividades que o Estado deve exercer em prol da coletividade) e formal (ligado ao regime jurídico sob o qual deverá ser feita a prestação dos serviços, qual seja, um regime jurídico de direito público denominado regime jurídico-administrativo)⁴⁸.

Verifica-se, pois, que cada doutrinador, ao criar seu conceito, pode concebê-lo com maior ou menor amplitude, conforme os critérios de que se utilizou para balizar sua definição, o que não significa que um conceito seja mais correto que o outro.

Assim, José Cretella Júnior entende que o serviço público é

*toda atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades gerais ou públicas, mediante procedimentos peculiares ao direito público, exceção feita à atividade judiciária, regida por outra disciplina*⁴⁹.

Hely Lopes Meirelles, ao desenvolver seu conceito, afirma que

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

⁴⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1960. p. 288.

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed., rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 687, grifo do original.

⁴⁸ *Idem*, p. 690-692.

⁴⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo, vol. IV: o pessoal da administração pública*. 2ª ed. atual., ampl. e revista. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 39.

serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado⁵⁰.

Segundo o entendimento de Hely Lopes Meirelles, não pode a doutrina de antemão dizer quais são as atividades que constituem o serviço público, uma vez que estas variam conforme as necessidades de cada povo e de cada época. Da mesma forma, sustenta o autor, que “também não é a atividade em si que tipifica o serviço público”, mas justamente a vontade soberana do Estado, a qual qualifica certa atividade como serviço público para efetivá-la como prestação estatal direta ou indireta⁵¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por outro lado, conceitua serviço público como sendo “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁵².

Nesse conceito, a autora faz questão de ressaltar que buscou abarcar três elementos: subjetivo (serviço público como incumbência do Estado, quer seja ele prestado diretamente ou indiretamente pelo ente estatal), formal (o regime jurídico da prestação de serviços públicos deve ser total ou parcialmente de direito público) e material (o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público)⁵³.

Marçal Justen Filho, a seu turno, defende que

serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público⁵⁴.

O conceito de Lucas Rocha Furtado, por sua vez, estabelece o serviço público como sendo “a atividade de satisfação das necessidades da população, desenvolvida pelo Estado ou por particulares, por meio da qual são postas utilidades ou comodidades à disposição da coletividade”⁵⁵.

Já Lúcia Valle Figueiredo entende que

⁵⁰ MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 374.

⁵¹ *Idem*, p. 374-375.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

⁵³ *Idem*, p. 107-108.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. rev., ampl. e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 687.

⁵⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 609.

serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público⁵⁶.

A autora, após apresentar sua definição, explica que, em seu conceito, buscou agregar os critérios: orgânico (abarca o Estado como prestador do serviço público), material (atividade intitulada como pública) e o do regime jurídico (deve prevalecer o de direito público)⁵⁷.

Para José dos Santos Carvalho Filho, serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”⁵⁸.

Esse autor afirma, ainda, que as características do serviço público são resultado da própria formulação de seu conceito: “trata-se dos traços que conferem a fisionomia jurídica do instituto e guardam pertinência com quem presta o serviço; com o fim a que se destina o serviço; e com o regime jurídico sob a égide do qual ele é executado”⁵⁹.

1.2.3 Os critérios orientadores da noção de serviço público

Da análise das definições que foram trazidas à colação, conclui-se que, em regra, na conceituação do serviço público, os doutrinadores brasileiros utilizam-se principalmente de três critérios: subjetivo (orgânico), material (objetivo) e formal.

É importante frisar que, na origem da noção de serviço público, em razão da influência da Escola Realista, os doutrinadores adotavam justamente esses mesmos três critérios para a definição do instituto.

1.2.3.1 Critério subjetivo ou orgânico

Como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello,

⁵⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 80-81.

⁵⁷ *Idem*, p. 81.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 350.

⁵⁹ *Idem*, p. 350.

em sentido subjetivo o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público⁶⁰.

O critério subjetivo é, portanto, aquele que leva em consideração a pessoa jurídica responsável pela prestação da atividade. No caso dos serviços públicos, segundo essa acepção, as atividades devem ser prestadas pelo órgão público, isto é, pelo próprio Estado.

1.2.3.2 Critério objetivo ou material

O critério material diz respeito à natureza da atividade que é exercida. Desse modo, conforme essa acepção, o serviço público é aquele destinado à satisfação de necessidades coletivas, atendendo à comunidade no que lhe é essencial.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que, para além da concepção subjetiva (orgânica), que entende o serviço público como prestação estatal, esse instituto pode designar uma atividade cuja prestação interessa a toda a coletividade, razão pela qual se torna necessária ou indispensável, ainda que não seja prestada diretamente por órgãos públicos⁶¹.

1.2.3.3 Critério formal

Por fim, o critério formal considera o regime jurídico sob o qual a atividade é prestada. Segundo essa acepção, o serviço público caracteriza-se por ser exercido sob regime de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

Nas palavras de Bernard Chenot, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, a acepção formal de serviço público resta clara:

(...) dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de serviço público. O serviço público não é mais uma instituição, é um regime, é a aplicação de serviço público a certos atos. (...) criar um serviço público é submeter a regras exorbitantes de direito comum o exercício de certas atividades⁶².

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 151.

⁶¹ *Idem*, p. 152.

⁶² CHENOT *apud* BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 154-155.

1.2.4 A evolução dos critérios orientadores da noção de serviço público

Analisando a noção de serviço público quando da sua criação, observa-se que o surgimento dos três critérios acima apresentados se deu em razão da necessidade de adequar a prestação dos serviços públicos à realidade do momento histórico vivenciado.

Dessa forma, a noção subjetiva de serviço público, que é a mais ampla, uma vez que abarca toda e qualquer atividade realizada pelo Poder Público, era a aceção adotada durante o período do apogeu da teoria do serviço público na França⁶³.

Entretanto, essa concepção puramente subjetiva teve que se modificar, passando-se a admitir a prestação de serviços públicos não mais apenas por entes estatais, mas também por entes ou pessoas privadas (concessionários). Isso ocorreu devido ao fato de que tanto atividades próprias dos particulares passaram a ser desempenhadas pelo ente estatal, quanto os particulares passaram a prestar serviços próprios do Estado. Como consequência, houve uma modificação no critério subjetivo, passando a englobar na ideia de serviço público atividades prestadas diretamente pelo Estado ou indiretamente, através dos concessionários⁶⁴.

Foi nesse contexto que surgiu a necessidade de conceituar o serviço público a partir de um novo critério, qual seja, com base na própria atividade desempenhada, e não mais na pessoa responsável pela sua prestação. Surge, assim, a concepção material (objetiva) de serviço público⁶⁵, designando-o como atividade que visa à satisfação de necessidades coletivas, gerais, independentemente de quem exerça essa atividade⁶⁶.

Em contrariedade a esse posicionamento, porém, apareceram doutrinadores⁶⁷ que atribuíram ao serviço público caráter formal, considerando o regime jurídico que lhe é aplicado, marcado por normas especiais, isto é, um regime jurídico de direito público⁶⁸. Foi aí que surgiu a terceira aceção para conceituar o serviço público.

1.2.5 A noção tradicional de serviço público e seus critérios orientadores

⁶³ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 44.

⁶⁴ *Idem*, p. 44.

⁶⁵ Frise-se que Léon Duguit, como explicado em tópico anterior, quando da abordagem sobre a “Origem da noção de serviço público”, foi um dos doutrinadores que defendeu essa aceção material.

⁶⁶ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 45-46.

⁶⁷ Entre os doutrinadores que defenderam essa concepção formal do serviço público, encontra-se Gaston Jèze, cujas ideias, a exemplo das de Léon Duguit, foram analisadas anteriormente.

⁶⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 46.

Como ensina Bandeira de Mello, “a noção tradicional de serviço público relacionava os três aspectos enfatizados respectivamente nos conceitos subjetivo, objetivo e formal, isto é, a organização administrativa, a atividade de interesse geral e o regime jurídico especial”⁶⁹. Significa dizer que os três critérios funcionavam como partes elementares de um conceito mais amplo e complexo que abarcava os três aspectos.

Com efeito, a noção tradicional de serviço público o entendia como “a atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum”⁷⁰.

Assim, as acepções subjetiva, material e formal acabavam por se complementar devido ao estado das relações sociais da época⁷¹, embora os autores atribuíssem maior ou menor ênfase a uma ou outra⁷².

Celso Antônio Bandeira de Mello observa, ainda, que as divergências entre os três critérios eram pouco relevantes na época em que surgiu a noção tradicional de serviço público. Isso ocorreu porque “qualquer que fosse o elemento em que se calcasse o conceito, da mesma forma se localizaria o serviço público”⁷³. Resumindo, nas palavras desse autor:

(...) o estado das relações sociais existentes promovia por si só a coincidência dos três aspectos de tal maneira que onde se encontrasse um, quase sempre se encontrariam os outros dois. Mesmo que se admita o predomínio do elemento subjetivo, nos critérios adotados pela jurisprudência francesa àquela época, o interesse prático da questão não apresentava ainda sua agudeza posterior, em razão da excepcionalidade dos casos em que isolado este primeiro elemento não se associassem a ele os dois outros. Foi por isto mesmo que o serviço público pôde fazer brilhante carreira no direito administrativo francês, malgrado as permanentes discrepâncias entre os autores em torno de seu elemento fundamental⁷⁴.

Portanto, tendo sido a noção tradicional de serviço público desenvolvida com base na combinação das três acepções – subjetiva, material e formal –, quando ocorrem transformações na sociedade e no papel do Estado, esses critérios são muito afetados, modificando-se, para se adequarem à nova realidade.

1.2.6 Críticas aos critérios orientadores da noção de serviço público

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 158.

⁷⁰ *Idem*, p. 159.

⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a combinação válida desses três elementos ocorreu no período do Estado Liberal, em que o serviço público abrangia “as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob o regime jurídico publicístico.” (DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 104).

⁷² BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 159.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Idem*, p. 160.

Se na época em que foi criada a noção tradicional de serviço público, percebeu-se que a combinação das três acepções desse instituto – quais sejam, subjetiva, material e formal – era a melhor solução para caracterizá-lo, analisando-se as diversas definições apresentadas atualmente pelos doutrinadores brasileiros, percebe-se que essa ideia ainda permanece. Tanto é assim, que os autores criticam a utilização isolada de apenas um desses critérios para designar a noção de serviço público que se tem hoje.

De fato, como bem explica Dinorá Grotti, “a utilização isolada de qualquer dos critérios apresentados não oferece condições para solucionar o problema da noção de serviço público, porque, ressaltando apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade”⁷⁵.

O fato de um único critério, por si só, não conseguir retratar a realidade da noção atual de serviço público está intimamente relacionado às transformações pelas quais passaram a sociedade e o ente estatal nos últimos tempos, as quais promoveram mudanças na forma original de se conceber cada uma das três acepções orientadoras da concepção tradicional de serviço público.

Dessa forma, o critério subjetivo, sozinho, é insuficiente para a caracterização exata da noção de serviço público. Isso ocorre porque hoje se entende que nem todas as atividades exercidas pelo Estado são serviços públicos, assim como o serviço não deixa de ser público pelo simples fato de ser prestado por particular⁷⁶.

José dos Santos Carvalho Filho critica o critério subjetivo ou orgânico, afirmando que, com os novos mecanismos de execução das atividades públicas, estas não estão mais restritas exclusivamente ao Estado, sendo, diversas vezes, delegadas a particulares⁷⁷.

Ressalte-se, por oportuno, que a acepção subjetiva, no Brasil, ainda reveste-se de importância, na medida em que o serviço público é sempre incumbência do Estado e depende do Poder Público, mesmo que de forma indireta. De fato, a criação e a gestão dos serviços públicos são tarefas de competência do ente estatal, ainda que a execução seja feita indiretamente pelo Estado, através de concessão ou permissão de serviço público⁷⁸.

Resta claro, pois, que, apesar de ainda possuir grande relevância para a concepção de serviço público que se tem hoje, o critério subjetivo, por si só, não dá conta de definir por completo essa categoria jurídica nos moldes atuais.

⁷⁵ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 47-48.

⁷⁶ *Idem*, p. 48.

⁷⁷ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 348.

⁷⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 49.

No que tange ao critério material, a crítica feita por José dos Santos Carvalho Filho tem dois aspectos. O primeiro deles é o fato de que algumas atividades que não atendem aos indivíduos de forma direta acabam por beneficiá-los de forma indireta e mediata, podendo ser enquadradas no rol de atividades que satisfazem necessidades coletivas. O segundo aspecto reside no fato de que nem sempre as atividades prestadas pelo ente estatal à coletividade correspondem a demandas essenciais desta⁷⁹.

Ademais, os críticos da acepção material sustentam que, para definir quais seriam as atividades a serem listadas como serviços públicos, seria necessário analisar aspectos políticos, econômicos e sociológicos que norteassem o legislador. Dessa forma, a definição de serviço público não seria jurídica⁸⁰.

No mesmo sentido, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pretender que certas atividades são ‘em si mesmas’ serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista. Reconhecer a existência de uma ‘natureza’ de serviço público em certas atividades, pelo fato de que correspondem a necessidades coletivas e que, via de consequência, devem estar afetas ao Poder Público ou submetidas a um regime especial, não quer dizer que lhe estejam realmente afetas ou que se desenvolvam nos termos do direito administrativo. Noção desta ordem pode servir como diretriz programática para o legislador e nada mais. O intérprete, juiz ou doutrinador, tem que examinar o que a lei determina e não o que a lei deveria determinar⁸¹.

Além disso, a definição do conteúdo dos serviços públicos, como se viu em tópico anterior, não é pacífica na doutrina. Há autores que definem os serviços públicos como atividades voltadas sempre à satisfação de direitos fundamentais. Para outros, porém, basta a vinculação da atividade prestada à defesa da dignidade da pessoa humana. Há, ainda, quem defenda que o conteúdo dos serviços públicos está ligado à realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁸². Verifica-se, pois, mais uma dificuldade encontrada na aplicação isolada do critério material.

Outra crítica ao critério objetivo é a de que nem toda satisfação de uma necessidade geral, coletiva, originaria um serviço público. De fato, toda e qualquer atuação do Estado deve ser direcionada ao alcance do bem-estar social, razão pela qual não deixa de estar atrelada à satisfação de necessidades públicas⁸³.

⁷⁹ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 348.

⁸⁰ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 49.

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 167.

⁸² RIBAS. *O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais*, p. 79.

⁸³ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 50-51.

Verifica-se, desse modo, que a adoção exclusiva do critério material com vistas a definir o serviço público também é insuficiente.

Quanto ao critério formal, afirma Carvalho Filho ser ele insatisfatório para a caracterização do serviço público, haja vista existirem regras de direito privado que incidem em alguns casos de prestação de serviços públicos, principalmente quando se trata de atividades executadas por pessoas privadas da Administração Pública, como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista⁸⁴.

Eros Roberto Grau, por sua vez, ressalta que:

determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público⁸⁵.

Ademais, há críticos que argumentam que nem toda atividade prestada pelo Estado sob a regência de um regime de direito público constitui necessariamente um serviço público⁸⁶. Outros alegam que deixar a configuração dos serviços públicos ligada tão somente ao regime jurídico que lhes rege seria perigoso, uma vez que o legislador poderia atribuir um regime de direito público a certas atividades econômicas em sentido estrito, visando à obtenção de proveito⁸⁷.

De toda forma, percebe-se que o critério formal, isoladamente considerado, também é insatisfatório para a conceituação do serviço público.

Portanto, resta claro que nenhum dos três critérios, se considerados isoladamente, apresenta condições suficientes para a configuração de uma noção de serviço público que se adeque ao contexto vigente, haja vista as inúmeras alterações que sofreram nos últimos tempos motivadas pelas mudanças ocorridas na atuação do Estado. Por esse motivo, os doutrinadores, em sua maioria, têm buscado combinar essas acepções acima analisadas, visando à elaboração de um conceito de serviço público que mais se aproxime da realidade do momento histórico atual.

Assim, analisando as definições de serviço público apresentadas pela doutrina nacional⁸⁸, observa-se que, se por um lado, a noção tradicional do instituto permanece fornecendo as bases para a conceituação de serviço público no cenário brasileiro, por outro,

⁸⁴ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 348.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 114.

⁸⁶ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 52.

⁸⁷ RIBAS. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais, p. 87.

⁸⁸ Veja-se novamente o subitem 1.2.2, intitulado “Os vários conceitos de serviço público”, neste mesmo capítulo.

tem sofrido diversas alterações, como se depreende das críticas que os autores têm feito aos critérios orientadores da noção tradicional.

Diante desse panorama de mudanças na ideia clássica de serviço público, ganhou espaço a tese de que essa concepção estaria em declínio, razão pela qual alguns doutrinadores falam em “crise” da noção.

CAPÍTULO II

2. AS “CRISES”⁸⁹ DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 A primeira “crise” da concepção de serviço público

A primeira ideia de que a noção tradicional de serviço público estaria em crise surgiu num cenário de fortes transformações na sociedade europeia, de tal forma que os três critérios então adotados como orientadores da definição de serviços públicos – quais sejam, subjetivo, material e formal – já não refletiam a realidade vivenciada. Essas mudanças se deram, principalmente, em razão da transição do Estado Liberal para o Estado Social, o que provocou uma profunda alteração no papel desempenhado pelo ente estatal junto à sociedade.

2.1.1 A transição do Estado Liberal para o Estado Social e os reflexos na concepção de serviço público

O Estado Liberal surgiu como tradução dos ideais defendidos pelas revoluções inglesa, norte-americana e francesa, buscando efetivar principalmente a soberania nacional, a igualdade jurídica, a liberdade dos homens e a não-intervenção do Poder Público na economia particular.

Essa ideia de não-intervenção do Estado é característica marcante da doutrina do liberalismo, sendo considerada, nas palavras de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, “o quadro referencial unívoco que caracteriza o movimento liberal”⁹⁰.

Assim, verifica-se que a preocupação central do liberalismo era em relação aos indivíduos, de modo que a atividade estatal, quando ocorria, apenas recobria um espectro reduzido e previamente reconhecido pela sociedade. O papel do Estado, portanto, era negativo, no sentido de apenas proteger os indivíduos⁹¹. Qualquer intervenção estatal feita

⁸⁹ É mister ressaltar que, para fins deste trabalho, entende-se “crise” como o declínio ou a falência de um conceito, isto é, o abandono progressivo de uma ideia que se tinha sobre algo, motivada pela crença de sua inadequação à realidade.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 56.

⁹¹ Lenio Streck e Bolzan de Moraes afirmam que, para Adam Smith, importante teórico do liberalismo, o papel do Estado estaria limitado simplesmente à manutenção da ordem e da segurança. (STRECK; MORAIS. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 60-61.).

para além do cumprimento desse mister era considerada ruim, uma vez que enfraqueceria a independência e a iniciativa da sociedade⁹². Daí se entende por que o Estado Liberal é conhecido por Estado mínimo⁹³.

Nesse contexto, resta clara a razão pela qual a noção tradicional de serviço público pôde ser aplicada sem nenhum problema no período do Estado Liberal. De fato, durante o liberalismo, a iniciativa privada era a regra, enquanto a prestação de serviços públicos pelo ente estatal era a exceção. O Estado, como foi dito, deveria ser mínimo, se imiscuindo o menos possível no âmbito da esfera particular dos indivíduos. Sendo assim, os três critérios que embasam a noção tradicional de serviço público – subjetivo, material e formal –, utilizados de forma combinada, eram suficientemente adequados para explicar a concepção de serviços públicos que se tinha naquele momento histórico⁹⁴.

Todavia, o próprio modelo de Estado Liberal, com o passar do tempo, foi criando as condições que levaram à sua superação. Tal fato se deveu a diversos fatores. Em primeiro lugar, a supervalorização dos indivíduos acabou gerando um egoísmo exacerbado e impedindo que o ente estatal protegesse os menos desafortunados, o que deu azo a uma crescente injustiça social, de modo que uns eram extremamente privilegiados enquanto outros ficavam à margem da sociedade sem qualquer auxílio⁹⁵.

Ademais, com a Revolução Industrial, começou a haver excesso de mão-de-obra, o que estimulou a manutenção pelos empregadores de condições precárias de trabalho e de remuneração ínfima aos trabalhadores. Como no contexto de um Estado Liberal este não podia intervir nas relações econômicas, as injustiças sociais não puderam ser corrigidas e acabaram por estimular a eclosão de movimentos socialistas e de pedidos de intervenção estatal na sociedade, cenário esse que piorou ainda mais com a I Guerra Mundial⁹⁶.

⁹² STRECK; MORAIS. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 61.

⁹³ A expressão “Estado mínimo” demonstra que o ente estatal deveria ser o mais fraco possível frente aos indivíduos. Da mesma forma, o Estado Liberal também ficou conhecido por “Estado-polícia”, na medida em que suas funções eram restritas quase que exclusivamente à vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273).

⁹⁴ Tendo o liberalismo como pano de fundo, o serviço público era entendido como aquela atividade prestada somente pelo Estado, visando à satisfação de necessidades da coletividade e sob regime jurídico de direito público.

⁹⁵ Sahid Maluf explica que o contraste social era chocante: de um lado, trabalhadores com péssimas condições de trabalho e de vida; de outro, os dirigentes do poder econômico acumulavam imensas fortunas em suas mãos. “E o Estado liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a *policiar* a ordem pública. É o Estado-Polícia (*L'État Gendarme*). Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia.” (MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 28ª ed. revista e ampliada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 138).

⁹⁶ DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 274.

A partir de então, passou-se a buscar uma nova concepção do papel do Estado na sociedade, de modo a se adequar aos novos tempos e às novas necessidades sociais. De fato, o liberalismo havia se mostrado inadequado para solucionar os problemas reais dos indivíduos.

É nesse contexto que o Estado não-intervencionista vai dando lugar a um Estado que tem o dever de intervir nas diversas áreas da vida social⁹⁷. E esse novo papel estatal é ainda mais reforçado com a II Guerra Mundial, quando a necessidade de fazer frente às emergências da guerra leva o Estado a ampliar ainda mais sua esfera de intervenção na sociedade. Como bem ressalta Dalmo Dallari:

assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, o Estado vai ampliando sua esfera de ação. E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado⁹⁸.

Com o fim da II Guerra Mundial, o papel do Estado intervencionista – também chamado de Estado Social, Estado de bem-estar social ou Estado providência – se torna ainda mais forte, na medida em que surgem novas necessidades derivadas da guerra, como a reconstrução de cidades e a restauração dos meios de produção. O ente estatal passa a não se limitar mais somente à polícia e à administração da justiça, mas também começa a financiar, fabricar e comercializar, movimentando a economia.

Dessa forma, o Estado passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas aos indivíduos como direitos seus, daí se atribuir a ele o nome de Estado Social. E essas novas demandas sociais trouxeram não só uma ampliação na quantidade das prestações efetivadas pelo Estado, mas também na qualidade das atividades desempenhadas, de tal sorte que a atividade prestacional se aperfeiçoa, alcançando vários setores da sociedade⁹⁹.

Esse novo papel do Estado gerou consequências importantes na ideia de serviços públicos, pois, se antes o liberalismo gerava o pano de fundo adequado para a consolidação da noção tradicional de serviços públicos, com o Estado Social e a consequente ampliação da intervenção estatal na sociedade, surge a necessidade de criação de uma nova geração de serviços públicos.

⁹⁷ Dalmo Dallari, com base nos ensinamentos de Harold Laski, assinala que, diante da mudança da realidade fática, “o *Estado-polícia* foi substituído pelo *Estado de serviço*, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica.” (DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 275.).

⁹⁸ DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 275.

⁹⁹ STRECK; MORAIS. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 63-65.

2.1.2 O serviço público em “crise”

O novo papel intervencionista do Estado na sociedade ocasionou a ampliação do rol de atividades estatais definidas como serviços públicos. Com efeito, passou-se a considerar determinadas atividades comerciais e industriais, que antes eram reservadas à iniciativa privada, como serviços públicos. “Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado”¹⁰⁰.

Ademais, outro fenômeno foi verificado: o ente estatal constatou que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade, razão pela qual passou a delegar a execução desses serviços a particulares, primeiramente, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim¹⁰¹, com execução sob regime jurídico predominantemente privado¹⁰².

O Estado, ainda,

cometeu a entes privados a gestão de serviços públicos sem concessão ou contrato. Admitiu que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público, seja pela própria natureza, seja pela repercussão que atingiam em virtude do âmbito de sua ação¹⁰³.

Por esses motivos, a noção tradicional ou clássica de serviço público restou subvertida, uma vez que foram afetados diretamente seus critérios orientadores, principalmente os elementos subjetivo e formal¹⁰⁴.

O critério subjetivo foi prejudicado, na medida em que, podendo os particulares prestarem serviços públicos por delegação do Estado, a atividade deixa de ser exclusivamente estatal, como concebia a noção clássica do instituto¹⁰⁵.

¹⁰⁰ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 104.

¹⁰¹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 53-54.

¹⁰² Frise-se que no mesmo sentido dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro. (DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 104-105.).

¹⁰³ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 54.

¹⁰⁴ Jean Rivero ensina que, no âmbito do Estado Liberal, esses três critérios coincidiam na maior parte das vezes. Entretanto, “hoje em dia esta coincidência é muito menos frequente.” De fato, segundo Rivero, “há uma dissociação dos sentidos orgânico e material. A dissociação é igualmente frequente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: as tarefas de interesse público assumidas na ordem econômica pelas empresas públicas estão, na maior parte dos casos, submetidas ao direito privado, sendo excepcional no seu funcionamento o reaparecimento de elementos tirados do ‘regime de serviço público’.” (RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 492-493.).

¹⁰⁵ Ademais, existiam entidades privadas que eram encarregadas da satisfação de necessidades públicas. Era o caso dos órgãos responsáveis pela organização e disciplina das profissões. Apesar de tal atividade ser

Quanto ao critério formal, este também foi afetado, haja vista o novo entendimento de que serviços públicos, quando prestados pelos particulares, poderiam ser executados sob regime jurídico de direito privado, e não mais tão somente regidos pelo direito público¹⁰⁶.

Em se tratando do critério material, começou a haver uma interpenetração das atividades públicas e privadas, de modo que atividades comerciais e industriais, que antes eram exclusivamente particulares, passaram a ser tidas como serviços públicos. Conclui-se daí que a ideia de serviço público como atividade de interesse geral, defendida pela noção tradicional, já não mais se coadunava totalmente com a realidade. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁷:

Com efeito, incontestadamente, não se lhes podia reconhecer o exercício de atividade de interesse geral ou correspondente à satisfação da necessidade pública, mormente quando desempenhadas em competição com os particulares¹⁰⁸.

Ante essa desconformidade entre a nova realidade social e a noção tradicional de serviço público, a doutrina, a partir da década de 50 do século XX, começou a falar em crise na noção de serviço público, a qual, segundo os autores, estava refletida na visível inadequação dos três critérios orientadores da ideia clássica desse instituto ao novo momento histórico.

Frise-se que o autor francês Jean-Louis de Corail elaborou sua tese de doutoramento justamente sobre esse tema, concluindo que, no direito administrativo francês, “a noção de serviço público não tem mais valor jurídico”¹⁰⁹, uma vez que se descobriu que os três critérios antes considerados pela doutrina como essenciais para a definição do serviço público não o eram mais, podendo faltar um ou até mesmo dois deles na prestação de certas atividades.

considerada serviço público, não se podia afirmar que os órgãos que as tinham a seu encargo fossem públicos. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 55.).

¹⁰⁶ Dinorá Grotti explica que o marco inicial da jurisprudência francesa que passou a estender a aplicação do direito privado à prestação de certos serviços públicos foi o caso da *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1921. O caso em questão cuida-se de um acidente com uma balsa, que afundou com os automóveis que transportava. Ocorre que esse serviço era prestado pela Costa do Marfim, então colônia francesa, no território africano, mas em condições iguais às de qualquer particular. Considerou-se, então, que o caso deveria ser regido pelo direito comum. Disso decorreu a conclusão de que os serviços públicos não acarretavam necessariamente a aplicação de direito público, podendo ser aplicado o direito privado nos casos em que o serviço público funcionasse em condições análogas às das empresas particulares. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 54).

¹⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 161-162.

¹⁰⁸ Jean Rivero ressalta, ainda, que, a partir do momento em que se adota essa noção ampla de atividade de interesse geral como sendo serviço público, ela passa a abarcar a maior parte das atividades privadas, surgindo uma noção de “serviço público virtual”. Essa expressão, segundo o autor, pode ser entendida no sentido de que “qualquer atividade, tendo uma ligação com o interesse geral, é suscetível de ver aplicarem-se-lhe, em caso de claudicação da atividade privada, alguns elementos do regime do serviço público.” Dessa forma, tornando-se uma noção puramente subjetiva, para Rivero, seria demasiado vaga para que fosse reconhecido a ela algum valor jurídico. (RIVERO. *Direito Administrativo*, p. 493).

¹⁰⁹ CORAIL *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 56.

Agustín Gordillo também afirmou que a crise estava na noção tradicional de serviço público, abarcando dois dos três elementos clássicos que a definem, quais sejam: o fim que o serviço busca (aspecto material) e a pessoa que o atende (aspecto subjetivo)¹¹⁰.

No mesmo sentido, Jean-Denis Bredin concluiu que a noção de serviço público, que antes havia sido de tanta valia para a jurisprudência e a doutrina francesa, parecia estar singularmente abalada¹¹¹.

André de Laubadère, por sua vez, ressalta que

(...) após ter conhecido na doutrina francesa um brilho excepcional, a noção de serviço público sofre hoje uma crise que é frequentemente denunciada e que conduz vários autores a excluí-la das noções dominantes do direito administrativo¹¹².

Outro autor que aderiu ao posicionamento de crise da noção de serviço público, nessa época, foi Eisenmann, para quem tal noção deveria ser “relegada ao plano da história do direito administrativo”, uma vez que estaria completamente afastada da realidade social¹¹³.

Jean Rivero, por sua vez, afirma que a dissociação ocorrida entre os três critérios orientadores da noção clássica de serviço público teve como consequência a redução do conteúdo jurídico da noção ao mínimo. Com efeito, entende o autor que

as formas por que hoje em dia uma pessoa pública realiza concretamente a vontade de assegurar um serviço público são tão variadas que da simples afirmação de que uma atividade é erigida em serviço público muitos poucos elementos se podem obter sobre o regime jurídico dessa atividade¹¹⁴.

Verifica-se, pois, que os autores que defenderam que a noção clássica de serviço público estaria em crise, em meados do século XX, assim o fizeram por acreditar que as modificações ocorridas na sociedade afetaram profundamente os três critérios orientadores do instituto, de tal forma que não mais seria possível a manutenção da noção que se tinha anteriormente. Para os adeptos dessa corrente, a ideia de serviço público teria sido tão fortemente abalada pelas transformações no papel do Estado, que teria perdido sua grande importância em face do direito administrativo.

¹¹⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 2: La defensa del usuario y del administrado. 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. VI – 50-51.

¹¹¹ BREDIN *apud* BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 162.

¹¹² LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973. p. 587, tradução nossa.

¹¹³ EISENMANN *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 56-57.

¹¹⁴ RIVERO. *Direito Administrativo*, p. 493.

2.1.3 Críticas à hipótese da primeira crise na noção de serviço público

A despeito das afirmações de que a noção de serviço público estaria em crise, tais posicionamentos foram contestados e vários autores opinaram pela inexistência de crise, dizendo que o que houve, na verdade, foi uma evolução do conceito.

Miguel Marienhoff, por exemplo, sustenta que a falência do conceito de serviço público, em meados do século XX, inexistiu, mas sim uma evolução conceitual dos elementos que integram a noção, isto é, uma interpretação atual do sentido e alcance dos elementos que o caracterizam. Daí defender o autor que se fale não em “crise” do conceito, mas sim em “evolução”, na medida em que o que houve foi uma ampliação dos serviços públicos, com vistas à obtenção do bem-estar geral da sociedade¹¹⁵.

No mesmo sentido, sustenta Héctor Escola que não se deve falar em crise do serviço público, haja vista que, na realidade, o que ocorreu foi uma variação conceitual dos elementos que compunham a noção clássica de serviço público, devido à

diversificação e incremento das necessidades e exigências de interesse público, produto da evolução e do progresso político, social e econômico, assim como a das prestações que o Estado teve que assumir sob a forma de serviços públicos, e o regime jurídico aplicável a elas¹¹⁶.

Carlos Roberto Martins Rodrigues, por sua vez, entende que o conceito de serviço público acompanha o crescimento do próprio Estado, evoluindo juntamente com este. Dessa forma, para o autor, a primeira “crise” envolvendo a noção de serviços públicos nada mais é que “uma crise de crescimento, com a substituição de conceitos que já não suportam o moderno entendimento e a atual prática da importante atividade prestacional do Estado”¹¹⁷. Significa dizer, portanto, que, na visão de Rodrigues, o que ocorreu foi uma ampliação da noção de serviço público. Em suma, afirma que a crise envolvendo a noção de serviço público nada mais é que um reflexo

da crise da evolução das instituições políticas e jurídicas, que vivem processo de acomodação às urgências coletivas novas, comandantes de procedimentos de renovação e atualização, que empolgam, de resto, o Estado e o Direito. Evoluindo e se renovando a Sociedade, fonte do Direito e do Poder, evoluem, também, como projeções dela, as instituições políticas e os institutos jurídicos (...) ¹¹⁸.

¹¹⁵ MARIENHOFF *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 58.

¹¹⁶ ESCOLA *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 58.

¹¹⁷ RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. In: *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 130-146, jan./jun. 1981. p. 135.

¹¹⁸ *Idem*, p. 135.

O posicionamento apresentado por Jacques Chevallier é no sentido de que os autores que defendem que a crise do serviço público seria meramente uma transformação da definição clássica desse instituto estão equivocados. Para Chevallier, o que mudou não foi a própria noção de serviço público, mas tão somente seus critérios orientadores, os quais evoluíram. Ademais, sustenta o autor que essa mutação sequer foi tão profunda como diziam¹¹⁹.

Juan Carlos Cassagne, a seu turno, argumenta que a alteração da noção clássica de serviço público ocorreu para satisfazer as necessidades essenciais do homem, razão pela qual teve que ser ampliada. Por esse motivo, para o autor, o correto seria se falar em “evolução”, e não em “crise” do instituto¹²⁰, uma vez que o que ocorreu foi a extensão do serviço público a “certas atividades que os particulares exercem *iure próprio*, qualificadas pela lei como serviços públicos e submetidas a seu regime jurídico”¹²¹.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de serviço público que realmente teria entrado em “crise”, nos moldes como defendido pelos doutrinadores, seria a que abarca tão somente os critérios subjetivo (orgânico) e material, a que o doutrinador chama de conceito metajurídico de serviço público. Quanto ao conceito jurídico, que diz respeito ao critério formal, segundo o autor, ele não estaria em crise, uma vez que esta é qualificada “não em função de um regime jurídico, mas em função de uma qualidade ‘substante’, independente de um sistema normativo peculiar”¹²².

Bartolome Fiorini entende que a crise da noção de serviço público se refere à orientação que pretendeu fazer do serviço público a base fundamental de todo o direito administrativo. Segundo o autor, o enfraquecimento da Escola clássica do serviço público se deveu ao fato de que a noção desenvolvida por essa Escola era genérica e de aplicação interpretativa conforme as peculiaridades específicas do sistema jurisdicional francês. Dessa

¹¹⁹ CHEVALLIER *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 59-60.

¹²⁰ Dinorá Grotti, citando Cassagne, explica que este autor defende que a evolução do serviço público pode ser observada em relação aos três critérios orientadores da noção clássica desse instituto: “a) quanto ao fim perseguido pelo serviço, sempre sujeito a ampliações ou restrições, conforme as exigências de cada momento histórico; b) quanto à pessoa que presta o serviço – o fato de se admitir, por hipótese, atividades prestadas por particulares *iure próprio*, fora do campo das figuras tradicionais de transferência de funções estatais (concessões e permissões), implica uma ampliação da instituição; c) quanto ao regime jurídico de direito público que acompanha o serviço público – a ‘circunstância de haver o Estado assumido a realização de atividades industriais ou comerciais sob regimes de Direito privado não permite inferir que nessas funções se esteja prestando um serviço público, pois a submissão da respectiva atividade às regras próprias dos negócios privados constitui a demonstração mais cabal de que as respectivas atividades, civis ou comerciais, resultam incompatíveis com o regime administrativo do serviço público.’” (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 59.).

¹²¹ CASSAGNE *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 59.

¹²² BANDEIRA DE MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 169.

forma, ao pretender firmar um conceito único e universal de serviço público, para Fiorini, a noção tradicional teria desenvolvido uma posição extremista e superficial¹²³.

Daí se entende por que Bartolome Fiorini defende que a crise é da concepção específica da Escola do Serviço Público francesa, mas não da atividade em si de prestação de serviços públicos. Veja-se:

A noção, assim, é inadequada como critério único do direito administrativo. A missão administrativa de prestação de serviços públicos não se encontra em crise ou desapareceu. O que realmente se encontra em crise é a ideologia de um Estado que já foi, e de cujo seio nasce um Estado novo: o de bem-estar (...) ¹²⁴.

Odete Medauar, por sua vez, ensina que, apesar de alguns autores terem pregado o fim da noção de serviço público e de outros terem proposto novos nomes para esse instituto, o fato é que a noção permaneceu. Segundo a autora, “houve, na verdade, transformação da concepção defendida pela Escola do Serviço Público. Passou-se a admitir a gestão privada e o uso do direito privado no regime jurídico do serviço público”¹²⁵.

Ressalte-se que outra não é a conclusão de Dinorá Grotti, para quem a crítica à noção de serviço público não pode ser tão radical a ponto de afastar todo o seu préstimo. Com efeito, defende a autora que, apesar de não ser mais empregada para as finalidades antes apontadas pela Escola clássica e de não mais conseguir caracterizar sozinha o direito administrativo, a ideia de serviço público continuou sendo “um dos importantes modos de atuação administrativa”¹²⁶.

Segundo Grotti, a chamada crise “refletia apenas a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, realizadas sob modos muito variados”. Conforme entende a autora, o que ocorreu foi que a mudança das condições sociais – traduzida nas novas formas de atuação do Estado pós-Liberal – teve reflexos na noção tradicional de serviço público, fazendo com que esta não estivesse mais em consonância com a realidade¹²⁷.

Ante o exposto, resta claro que, da mesma forma como há autores que defendem que a noção de serviço público teria entrado em crise em meados do século XX, por estar dissonante em relação à realidade da época, existem vários outros doutrinadores que

¹²³ FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo*. t. 2. Buenos Aires: La Ley, 1968. p. 820-831.

¹²⁴ FIORINI *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 61.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 216.

¹²⁶ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 60.

¹²⁷ *Idem*, p. 60.

sustentam a ideia de que houve, na verdade, uma alteração (ou uma evolução) do instituto, e não uma crise propriamente dita.

Fato é que, não obstante essas divergências quanto à existência ou não da primeira crise na noção clássica de serviços públicos, essas modificações nos três critérios orientadores do instituto promoveram a alteração parcial do conceito de serviço público, o qual passou da noção tradicional – que abarcava tão somente os critérios subjetivo, material e formal – para acepções diversas – sejam elas mais amplas ou mais restritas –, que buscam conjugar os três critérios ou apenas alguns deles –, de acordo com o entendimento de cada autor, conforme foi analisado no subitem 1.2, do capítulo 1, deste trabalho. Assim, nota-se que o conceito de serviço público, independentemente das mudanças sofridas nos seus critérios orientadores, manteve sua importância.

2.2 A pretensa crise atual da noção de serviço público

2.2.1 Mais mudanças no papel do Estado

Se, em meados do século XX, falou-se pela primeira vez em “crise da noção de serviço público”, recentemente esse tema voltou a estar em voga. Como bem explica Odete Medauar:

Um novo momento da noção de serviço público se delineia no transcurso da década de 90 do século XX em virtude de vários fatores: onda de privatizações, quebra de monopólios estatais, dinâmica de novas conquistas tecnológicas e, com grande força, documentos oriundos da União Europeia¹²⁸.

Dinorá Grotti, por sua vez, atribui essa volta da ideia de que os serviços públicos estão em crise à própria evolução do modelo de Estado. Segundo a autora, os serviços públicos assumiram características diferentes ao longo do tempo, tendo a noção desse instituto variado de acordo com o seu conteúdo e com o papel do Estado e dos particulares na sua efetivação. Sendo assim, enquanto no Estado Liberal o serviço público se caracterizava tão somente pelo desempenho de uma atividade protetora e garantidora dos direitos individuais dos particulares – sendo o ente estatal o titular da prestação desses serviços –, no Estado Social, o conteúdo dos serviços públicos implicava proteger o desfrute dos direitos pelos

¹²⁸ MEDAUAR. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 216.

particulares, bem como de promover a satisfação deles – sendo o papel do Estado, além de proteger e garantir esses direitos, também o de promovê-los¹²⁹.

Ocorre que, com o passar do tempo, o modelo do Estado Social também foi se modificando. Com efeito, no final do século XX, esse modelo estatal começou a receber críticas ferrenhas, de modo que caiu em descrédito perante a sociedade¹³⁰. Tais críticas diziam respeito: à ineficiência econômica do setor público e ao desperdício desse setor; à incapacidade de investimento estatal; ao endividamento público e à insatisfatória qualidade dos serviços prestados à população¹³¹.

Ademais, pode-se dizer que o crescimento demasiado do ente estatal – verificado durante o Estado Social –, o qual passou a atuar em todos os setores da vida social, além de levar à prestação ineficiente dos serviços, acabou por colocar em risco a própria liberdade dos indivíduos¹³².

Dessa forma, ante a ampliação das funções do ente estatal, bem como o seu endividamento, passou-se a defender a necessidade de enxugar o tamanho do Estado e os gastos públicos, através da diminuição dos encargos estatais. Com isso, ganharam crédito as ideias de devolver certas atividades – cuja prestação o Estado havia assumido no lugar dos particulares – à iniciativa social e também de entregar tarefas que até então somente o Estado podia desempenhar à iniciativa privada. É a ideia de um Estado subsidiário, isto é, que privilegia o âmbito privado em detrimento da intervenção estatal, devendo abster-se de exercer atividades que o particular, por si só, tem condições de executar de forma satisfatória. O papel do Estado passa, assim, a ser de fiscalizar e incentivar a atuação privada.

O neoliberalismo ganha força nesse contexto, a partir da década de 1960. A ideologia neoliberal defende a retração das prestações estatais, de modo que o Estado deve transferir aos entes privados algumas de suas atividades, ficando responsável não mais pela sua prestação, mas tão somente pela regulação de seus limites. Impulsiona-se, assim, um distanciamento da ideia do Estado como operador da vida econômica e como prestador de serviços, ocorrendo uma série de privatizações de empresas públicas, mesmo na área dos serviços públicos¹³³, e de

¹²⁹ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 71.

¹³⁰ *Idem*, p. 65.

¹³¹ No mesmo sentido, João Carlos Loureiro explica que o Estado Social passou a ser rotulado de “obeso, ineficiente, gastador”. (LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 86.).

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

¹³³ NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado *estado regulador*. In: *Revista Sequência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007. p. 10. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064/13731>>. Acesso em: 01/10/2013.

transferência à iniciativa privada da execução de serviços que antes eram prestados exclusivamente pelo Estado.

Por esse motivo, fala-se, atualmente, em uma retração do papel do ente estatal, de modo que serviços que antes eram prestados exclusivamente pelo Estado hoje fazem parte do rol de atividades prestadas por particulares. Assim, a ênfase, que um dia fora maior no setor público, hodiernamente, está voltada ao setor privado, de forma que a sociedade tem assumido o papel de protagonista frente ao Estado.

Segundo Dinorá Grotti, essa reversão do papel do Estado se deu em razão da conjugação de dois fatores: o fracasso do socialismo e a revolução das comunicações ultrarrápidas e da informatização da sociedade¹³⁴.

A autora¹³⁵ ensina que, com o advento do socialismo, o capitalismo viu sua manutenção ameaçada, de tal modo que foi necessário oferecer à parcela menos favorecida da sociedade ao menos alguns dos benefícios que o regime socialista proclamava. Assim, o Estado capitalista passou a promover maiores intervenções sociais, com o fito de se manter como modelo hegemônico. Entretanto, quando a “ameaça socialista” restou superada – após a queda do Muro de Berlim, em 1989 –, já não se faziam mais necessárias todas as intervenções estatais, as quais geravam muitos gastos, razão pela qual o Estado abandonou parte de suas atividades¹³⁶.

O discurso da maior eficiência da gestão privada sobre a gestão pública surge, desse modo, como resultado das profundas alterações no processo econômico-social, tais como os avanços tecnológicos, a ampliação do uso da informática e da Internet, a expansão dos demais meios de comunicação e de transmissão instantâneas de informações – que possibilitaram a redução das distâncias entre as pessoas –, a abertura da economia mundial, a maior facilidade e segurança nos transportes e o incremento na sofisticação dos serviços demandados¹³⁷.

Nesse contexto, o Estado passou a assumir a função de regulador do serviço, “desempenhando uma atuação protetora, garantidora e promocional, além de receptor de

¹³⁴ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 66.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Da mesma forma entende Fábio Ulhoa Coelho, para quem “O Estado é mais ou menos intervencionista em função das necessidades de preservação do sistema econômico dominante”. Assim, durante o século XX, ante a ameaça socialista, foi necessário que o Estado assumisse funções que ele não detinha antes, como forma de o sistema capitalista “defender-se de um perigo real e forte”. Entretanto, com o fracasso do socialismo, “não há mais por que manter estes gastos. O Estado, por consequência, retrai-se no fim do século XX, uma vez que não é mais necessário gastar com coisas que se justificavam num momento de guerra”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Reforma do Estado e Direito Concorrencial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192.).

¹³⁷ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 67.

determinadas dimensões do serviço”¹³⁸. Com esse novo pano de fundo, os particulares, a despeito de continuarem sendo os receptores dos serviços prestados pelo ente estatal, passaram a se envolver também no seu desenvolvimento, o que trouxe profundas variações na forma de se pensar a noção de serviço público.

Com efeito, antes o Estado prestava diretamente os serviços públicos à sociedade – através de entidades e órgãos da própria Administração Pública –, ficando esse conjunto de serviços à margem do mercado justamente por se entender que a satisfação de determinadas necessidades básicas da coletividade era um pressuposto essencial para garantir a todos o próprio exercício dos direitos fundamentais. Entendia-se que o ente estatal deveria fornecer tais serviços à população, porque o mercado não poderia, por si só, garantir: o acesso generalizado ao serviço, a certeza da continuidade de seu fornecimento, a qualidade do serviço e um preço acessível na sua prestação. Entretanto, com o advento do neoliberalismo, houve uma inversão dessa forma de pensar a atuação do Estado¹³⁹.

De fato, as ideias neoliberais defendem, em oposição às prestações estatais, a “empresarialização” na prestação de serviços, a formação de parcerias público-privadas, a abertura de setores públicos ao capital privado e as privatizações¹⁴⁰. Essas ideias tinham como objetivo a reversão da situação instalada pelo Estado intervencionista. Assim, se pelo lado do cidadão, a finalidade a ser alcançada era a restauração da liberdade individual e da livre concorrência, com relação ao ente estatal, o objetivo era alcançar a eficiência que se havia perdido na prestação dos serviços públicos.

Segundo entende António José de Avelãs Nunes,

as razões desta nova orientação são claras. O progresso científico e tecnológico, o *welfare state* e a melhoria das condições de vida transformaram em necessidades básicas das pessoas o acesso a determinados bens e serviços, como a educação, a saúde, as prestações da segurança social, o acesso domiciliário à energia elétrica e ao gás, à água e ao saneamento, os correios, as telecomunicações etc. Estes bens e serviços constituem, pois, mercados que valem milhões, apetitosos para o grande capital financeiro, que joga na privatização destes setores¹⁴¹.

Assim sendo, verifica-se que, no momento histórico vivenciado hoje, fala-se em uma retração do papel do Estado, em comparação com o que se tinha anteriormente. Devido a isso, há doutrinadores que defendem que o serviço público se encontra diante de uma nova crise, a

¹³⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 72.

¹³⁹ NUNES. Breve reflexão sobre o chamado *estado regulador*, p. 11.

¹⁴⁰ Frise-se que, no mesmo sentido, Dinorá Grotti elenca algumas das reformas básicas implantadas no Estado pelo neoliberalismo: “o combate ao *déficit* público, o aumento da carga tributária e a melhoria da eficiência dos mecanismos de arrecadação, a intensificação dos processos de privatização, e a desregulação da economia, dentre outras.” (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 67.).

¹⁴¹ NUNES. Breve reflexão sobre o chamado *estado regulador*, p. 11.

qual se manifesta em planos diversos: “crise material (pela discussão de sua própria operatividade para articular as prestações públicas), crise institucional (pela relativização de sua especificidade dentro do conjunto da atuação administrativa); e, via de consequência, crise dogmática”¹⁴².

2.2.2 Mudanças no papel do Estado Brasileiro e o impacto nos serviços públicos

Se o novo contexto trazido pelo neoliberalismo teve impacto significativo quanto ao papel a ser desempenhado pelo ente estatal, é importante consignar que o Estado Brasileiro não ficou de fora das mudanças ocorridas.

Com efeito, os ideais neoliberais foram ganhando espaço no Brasil aos poucos, após o fim do regime militar. Com o término desse regime, uma crise assolou o Estado Brasileiro e foi nesse contexto que alternativas neoliberais foram surgindo como formas de contenção da crise¹⁴³. Assim, no governo de Fernando Collor de Mello (de 1990 a 1992), as ideias neoliberais começaram a ganhar mais destaque, se tornando deveras fortes no governo de Fernando Henrique Cardoso (de 1995 a 2002).

Como foi explicitado no subitem anterior, a ideologia neoliberal defende a diminuição das prestações estatais, transferindo muitas das atividades do Estado para a iniciativa dos particulares. E foi justamente isso que o governo de Fernando Henrique Cardoso se propôs a fazer, promovendo uma verdadeira reforma do Estado Brasileiro na época.

De fato, em um seminário realizado em Brasília, no ano de 1996 – que posteriormente foi transformado em livro –, Fernando Henrique Cardoso, então presidente da República, discursou acerca da necessidade de uma reforma estatal, a qual seria motivada pelos novos desafios impostos ao Estado devido à mudança no cenário global. Naquele contexto, defendeu o então chefe do Poder Executivo que

mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentrava-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e de serviços. Hoje, todos sabemos que a produção de bens e serviços pode e deve ser

¹⁴² MORENILLA *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 72.

¹⁴³ NEGRÃO, João José de Oliveira. O governo FHC e o neoliberalismo. In: *Revista Lutas Sociais*, vol. 1, nov. 1996. p. 6. Disponível em: <http://www.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_negrao.pdf>. Acesso em: 17/10/2013.

transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com menor custo para o consumidor.

(...)

Não há dúvida de que, nos dias de hoje, além desse papel de iluminar os caminhos nacionais e, de certa maneira, de apontar as metas que sejam compatíveis com os desejos da sociedade, o Estado deve também concentrar-se na prestação de serviços básicos à população – educação, saúde, segurança, saneamento, entre outros.

Mas, para bem realizar essa tarefa – que é ingente e difícil –, para efetivamente ser capaz de atender às demandas crescentes da sociedade, é preciso que o Estado se reorganize e para isso é necessário adotar critérios de gestão capazes de reduzir os custos, buscar maior articulação com a sociedade, definir prioridades democraticamente e cobrar resultados¹⁴⁴.

Resta clara, desse modo, a preocupação do governo em promover uma reforma do Estado, com vistas ao enxugamento das atividades estatais, transferindo parte delas à iniciativa privada, como forma de ganhar eficiência e diminuir os custos. Ressalte-se, ainda, o fato de que Fernando Henrique Cardoso, em sua fala, chama o modelo estatal anterior de “Estado assistencialista e paternalista”, na medida em que era responsável por fornecer aos indivíduos inúmeras prestações.

Luis Carlos Bresser-Pereira – então Ministro da Administração Federal e de Reforma do Estado – e Peter Spink, na apresentação do livro que compila os discursos feitos no seminário supracitado, vão no mesmo sentido do Presidente da República, afirmando que, enquanto os anos 80 do século XX foram de crise do ente estatal, haja vista ter o Estado crescido demasiadamente, os anos 90 desse mesmo século seriam os anos da reforma do Estado¹⁴⁵.

Assim sendo, a partir da reforma estatal realizada pelo governo na década de 90, houve uma mudança significativa na atuação do Estado brasileiro, o qual começou a reduzir sua intervenção direta na sociedade, passando a conferir a prestação de algumas de suas atividades aos particulares. “O objetivo era a substituição do modelo burocrático pelo modelo gerencial de administração – conforme ficou conhecido esse processo ao longo da década de 1990”¹⁴⁶.

Com efeito, o Estado, percebendo que sua atuação altamente interventiva estava gerando déficit público e também uma ineficiência econômica, resolveu mudar de postura, vendendo empresas e instituições que eram públicas para a iniciativa privada. Esse fenômeno,

¹⁴⁴ CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 15-16.

¹⁴⁵ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 7.

¹⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 561.

conhecido como privatização ou desestatização, segundo o governo, objetivava aumentar a eficiência da Administração Pública, uma vez que reduziria a burocracia.

Dessa forma, foi criado, na década de 1990, através da Lei nº 8.031/1990, o Programa Nacional de Desestatização (regulamentado pela MP nº 1.481 e pelo Decreto nº 1.204), por meio do qual foram transferidas à iniciativa privada atividades que antes eram restritas ao setor público. Ademais, passa o Estado a se utilizar de instrumentos de parceria entre agentes públicos e privados.

Todas essas mudanças são resultado do novo papel desempenhado pelo Estado brasileiro no tocante à intervenção do ente estatal na prestação de serviços públicos e na exploração de atividades de natureza econômica. Assim, com relação aos serviços públicos, a nova função do Estado passou a ser a de controlador, incentivador e fomentador das iniciativas privadas – e não mais somente a de prestador direto, como ocorria no modelo de Estado anterior. Segundo entende Lucas Rocha Furtado, o Estado assumiu um papel subsidiário na prestação de serviços públicos, de modo que a intervenção direta na sociedade só se justificaria em situações excepcionais, quando os agentes privados não conseguissem atender plenamente às demandas sociais¹⁴⁷.

Por esse motivo, a exemplo do que aconteceu em outros países, verifica-se que, no cenário brasileiro, a noção de serviço público sofreu, mais uma vez, alterações significativas, razão pela qual ressurgiram comentários sobre uma possível “nova crise nos serviços públicos”.

Muitos autores defendem, porém, que essa nova concepção de crise originou-se não só desse novo papel desempenhado pelo Estado – quer no âmbito do Estado brasileiro, quer no âmbito geral dos demais Estados –, mas também do desenvolvimento do direito comunitário europeu, o qual provocou mudanças na noção de serviço público.

2.2.3 Os serviços públicos no âmbito do direito comunitário europeu

Com o surgimento do direito comunitário europeu, advindo da ideia de uma “comunidade de Estados” na Europa, o serviço público ficou em posição incômoda. Isso se deveu ao fato de que a construção da Europa comunitária teve como base o liberalismo econômico e a abertura progressiva dos mercados à competição. Assim, a noção tradicional de

¹⁴⁷ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 563.

um serviço público prestado exclusivamente pelo Estado se tornou incompatível com esses novos princípios orientadores.

Com efeito, a globalização do comércio e os avanços tecnológicos influenciaram na adoção, por parte da União Europeia, dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o que afetou diretamente o papel dos serviços públicos no âmbito do direito comunitário europeu¹⁴⁸.

De fato, essa transformação dos serviços públicos ocorrida no contexto da União Europeia foi ocasionada por uma verdadeira mudança de paradigma tanto em relação ao papel do Estado – seja no tocante às suas incumbências, seja no que tange à forma como ele se relaciona com a economia –, quanto em relação à definição do regime econômico e da melhor maneira de promover a gestão pública. E foram justamente essas mudanças que conduziram conseqüentemente à necessidade de reelaboração do conceito de serviço público.

Entretanto, é importante consignar, como ensina Souvirón Morenilla, que, apesar disso, não ocorreu uma renúncia “aos fins que os serviços públicos instrumentaram até agora (a satisfação das necessidades coletivas)”, ao contrário, ainda se objetiva alcançar as mesmas finalidades, porém se valendo do mercado e da concorrência, e não mais somente do Estado¹⁴⁹.

No direito comunitário europeu, não há uma regulamentação sistemática do serviço público¹⁵⁰. De fato, o Tratado de Roma, assinado em 1957, que continua sendo a base da ordem comunitária – apesar de ter sofrido alterações por Tratados posteriores –, praticamente desconhece a noção desse instituto, somente fazendo menção a ele no capítulo que trata dos transportes¹⁵¹. Em contrapartida, atualmente, no art. 106 (ex-artigo 86), do Tratado da União Europeia, aparece uma nova expressão: *serviços de interesse econômico geral*. Veja-se:

¹⁴⁸ Vital Moreira explica que, ao criar uma comunidade europeia de Estados, objetivou-se o estabelecimento de um “mercado único”, o que pressupunha “a liberdade de circulação dos ‘factores’ económicos dentro do espaço comunitário, bem como a liberdade de estabelecimento em qualquer dos Estados-membros, em pé de igualdade com os nacionais (proibição de discriminação por motivo de nacionalidade).” E foi justamente desse entendimento que derivaram o que o autor chama de “quatro liberdades fundamentais da ordem económica comunitária”, quais sejam: liberdade de circulação de bens e capitais dentro do território; liberdade de circulação de pessoas; liberdade de prestação de serviços em qualquer Estado-membro, e liberdade de estabelecimento profissional e empresarial em qualquer Estado-membro. Vital Moreira esclarece bem esse contexto europeu para poder explicar sua conclusão. Para ele, fica evidente que esses princípios norteadores da União Europeia “não são facilmente conciliáveis com os princípios tradicionais dos serviços públicos, já porque estes eram muitas vezes prestados em regime de monopólio público e à margem do mercado, já porque, em todo o caso, implicam uma fuga maior ou menor às regras da concorrência, bem como a existência de setores económicos fora da livre circulação comunitária.” (MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº1, p. 227-248, jan./mar. 2003. p. 232-233.).

¹⁴⁹ MORENILLA *apud* GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 78.

¹⁵⁰ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 78.

¹⁵¹ MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 233.

Artigo 106.º (ex-artigo 86.º TCE)

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de **serviços de interesse económico geral** ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas. (Grifo nosso).

Vital Moreira, com base nos ensinamentos de Pierre Bauby, ressalta que, após a instituição desse dispositivo pelo Tratado de Roma, tratando de “serviços de interesse económico geral” no lugar dos “serviços públicos”, sendo que aqueles deveriam submeter-se às regras de concorrência, puderam-se observar três fases distintas quanto à repercussão dessa mudança¹⁵².

A primeira delas foi de indiferença, mantendo-se os serviços públicos da maneira tradicional, sem nenhuma manifestação pela sua liberalização. A segunda fase, por sua vez, foi de confronto e ofensiva contra os serviços públicos, de modo que os órgãos da Comunidade Europeia emitiram diretrizes atinentes à liberalização de vários serviços públicos tradicionais. Essa liberalização implicou a abertura ao mercado de setores que antes eram regidos em monopólio público, o que ocasionou, nessas áreas de atuação, o aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas. Ocorreram também, nesse contexto, privatizações, traduzidas na alienação das empresas públicas ao setor privado¹⁵³.

Por fim, a terceira fase, que permanece até hoje, tem como característica preponderante o fato de que os avanços na liberalização dos serviços públicos foram conjugados com medidas de salvaguarda dos serviços de interesse económico geral. Segundo Vital Moreira, essa mudança de atitude se deveu a dois fatores primordiais: a resistência de alguns países mais apegados à “cultura do serviço público” – como é o caso da França –, e o esfriamento do entusiasmo com o neoliberalismo da década de 1980¹⁵⁴. Isso fez com que

¹⁵² MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 234.

¹⁵³ Frise-se que, conforme o modelo adotado pela União Europeia, a privatização não era medida obrigatória, mas tão somente a liberalização dos serviços, de forma a promover a abertura do mercado e aplicação das regras da concorrência. “Que a liberalização tenha sido acompanhada frequentemente da privatização imediata ou subsequente, isso tem a ver com outras razões que não as exigências das normas comunitárias.” (MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 236).

¹⁵⁴ MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 237.

fosse acrescentado um novo dispositivo ao Tratado regente da União Europeia, qual seja o atual art. 14 (ex-artigo 16), *in verbis*:

Artigo 14.º (ex-artigo 16.º TCE)

Sem prejuízo do disposto no artigo 4.º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93.º, 106.º e 107.º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respetivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.

A partir desse novo artigo, houve um equilíbrio entre os serviços de interesse económico geral e os princípios da economia de mercado e da concorrência, regentes do direito comunitário europeu. Com efeito, passou-se a admitir que fossem estabelecidas “obrigações de serviço universal”, tanto pelas próprias diretivas comunitárias quanto pelos próprios Estados-membros.

Mônica Justen esclarece o que se entende por serviço universal na concepção do direito comunitário europeu:

é o serviço ou conjunto de serviços mínimos definidos, que visam a assegurar o acesso de todos os usuários a prestações essenciais de uma determinada qualidade e a preços justos em face das condições específicas nacionais. Intrínsecos à noção são os três princípios gerais clássicos de serviço público: universalidade, igualdade e continuidade¹⁵⁵.

A mesma autora explica, ainda, a diferença entre os chamados “serviços de interesse económico geral” e os “serviços universais”. Os serviços universais nada mais seriam que uma pequena parcela dos serviços de interesse económico geral. De fato, “a ampla abertura do setor dos serviços de interesse económico geral para a concorrência sempre foi acompanhada de uma previsão de garantia de manutenção e desenvolvimento de um serviço universal”¹⁵⁶. E a manutenção desse núcleo de serviços visa à proteção tanto dos usuários quanto dos prestadores de serviços¹⁵⁷.

¹⁵⁵ JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 195.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 196.

¹⁵⁷ Faz-se necessário, porém, atentar para o fato de que não há identidade entre a noção de serviço universal e a ideia clássica de serviço público desenvolvida pelo direito francês. Isso ocorre porque, enquanto o serviço público na concepção francesa era tido como uma atividade de interesse geral, prestada pelo Estado, sob regime jurídico de Direito Público, a concepção de serviço universal adotada pelo direito comunitário europeu volta-se muito mais à fruição do serviço pelo usuário do que ao estatuto que regula a prestação da atividade. Assim, o que conta é que o serviço seja prestado ao usuário, não importando quem o presta ou sob que regime. Pode-se dizer,

Diga-se que o próprio sítio eletrônico da União Europeia trata da necessidade de abertura dos mercados à concorrência, mas assegurando que os serviços continuem acessíveis a todos os indivíduos, *in verbis*:

A Comissão incentiva os governos a abrir esses serviços (“serviços de interesse económico geral”) à concorrência para que os consumidores possam beneficiar de preços mais baixos e de serviços de melhor qualidade, desde que se assegure que continuam acessíveis a todos, mesmo em zonas dos países em que são menos lucrativos.

(Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/consumers/opening_pt.html>. Acesso em: 08/10/2013).

Verifica-se, assim, que ocorreu uma maior harmonização entre as regras da concorrência e a noção de serviços de interesse económico geral. Passou-se a entender que o Poder Público

pode e deve tomar como incumbência sua assegurar que certas prestações essenciais à vida colectiva sejam proporcionadas a todas as pessoas, podendo por isso afastar mais ou menos intensamente as regras do mercado, na medida em que isso seja necessário para esse objetivo;

Porém, para esse efeito não se torna necessário ser o próprio poder público a encarregar-se directa ou indirectamente de prestar esses serviços ao público, podendo limitar-se a velar por que eles sejam prestados pelas empresas privadas (...) ¹⁵⁸.

Ante o exposto, restam claras as transformações pelas quais passou a noção tradicional de serviço público no âmbito da criação do direito comunitário europeu. De fato, como foi dito, as mudanças de paradigma trouxeram a reelaboração da concepção desse instituto. Assim, os serviços públicos passaram a ser prestações disponíveis no mercado, tendo preço e se sujeitando, muitas vezes, à concorrência. Ademais, os indivíduos, que antes eram tratados como usuários dos serviços, passaram a ser clientes dos prestadores dessas atividades. Outra alteração diz respeito à liberdade de escolha do fornecedor ou prestador do serviço, uma vez que agora eles são amplamente prestados por particulares.

Nas palavras de Vital Moreira:

Onde existia monopólio público passou a existir mercado e concorrência entre operadores (públicos e privados ou somente privados). Onde havia uma prestação pública de natureza administrativa, passou a existir uma mercadoria transacionada no mercado. Onde havia utentes passou a existir clientes/consumidores ¹⁵⁹.

pois, que o conceito de serviço universal é um desdobramento do conceito de serviço de interesse económico geral, que guarda identidade com uma parcela do que os franceses entendem como sendo serviço público. (JUSTEN. *A noção de serviço público no direito europeu*, p. 198-199.).

¹⁵⁸ MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 237.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 240.

Assinala-se, assim, que o direito comunitário europeu atenuou as diferenças existentes entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público. Conforme defende Marçal Justen Filho, na União Europeia, “há uma forte tendência à uniformização do regime jurídico (...)”¹⁶⁰.

Todavia, deve-se ressaltar que, a despeito dessa série de mudanças ocorridas no que diz respeito aos serviços públicos, tais serviços devem ser salvaguardados no âmbito do direito comunitário europeu, não estando ameaçados pela edição de novos tratados. Veja-se:

O Tratado de Lisboa reconhece os serviços públicos enquanto instrumento de coesão social e regional indispensável e inclui um protocolo especial que estabelece os princípios fundamentais para promover serviços de interesse geral eficientes, que proporcionarão uma base sólida para a acção da UE no futuro.

(...)

O Tratado de Lisboa refere os serviços de interesse económico geral como serviços aos quais todos na UE atribuem valor e que têm um papel importante a desempenhar na promoção da coesão social e territorial da UE.

Como consequência do valor importante que lhe é atribuído, o Tratado de Lisboa solicita à UE e aos seus Estados-Membros que garantam que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam realizar a sua missão.

(Disponível em: <http://europa.eu/lisbon_treaty/faq/index_pt.htm>. Acesso em: 08/10/2013.)

Quanto ao papel do serviço público no âmbito do direito comunitário europeu, conclui-se, portanto, que, enquanto o serviço público tradicional estava fora do mercado e visava à satisfação do interesse público, os serviços de interesse econômico geral estão intimamente ligados aos ditames do mercado e às regras da concorrência, isto é, aos interesses privados, tendo somente na ideia de serviços universais uma limitação, uma vez que estes definem uma parcela mínima a ser prestada aos indivíduos.

Observa-se, desse modo, a grande alteração ocorrida nesse instituto no âmbito da União Europeia, alteração essa que, para muitos doutrinadores, reforça a ideia de que o serviço público estaria passando por mais uma crise atualmente, na medida em que as mudanças sofridas teriam desvirtuado por completo a noção tradicional¹⁶¹.

2.2.4 “Morte” do serviço público?

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 706.

¹⁶¹ Nesse sentido, tem-se que Dinorá Grotti afirma que “o desenvolvimento do direito comunitário provocou a revisão da noção de serviço público”. (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 69.).

Devido a essa série de modificações que têm assolado tanto o cenário mundial, quanto o cenário brasileiro, há autores que defendem que a noção de serviço público estaria em crise tão profunda, que já teria perdido sua relevância no contexto atual. É o caso de Gaspar Ariño Ortiz e Carlos Ari Sundfeld.

Com efeito, Ariño Ortiz enaltece o papel que os serviços públicos desempenharam no progresso dos Estados, dizendo que esse instituto merece ser elogiado pelos avanços que proporcionou à sociedade. Entretanto, logo depois de exaltá-lo, o autor afirma que “seu ciclo terminou. Cumpriu sua missão e hoje – como diz Villar Palasí – há que se fazer a ele um enterro digno”¹⁶².

Segundo Ariño Ortiz, essa “morte” dos serviços públicos se deve às mudanças radicais por que tem passado a sociedade. Defende o autor que o crescimento demasiado do Estado deixou clara a incapacidade e a ineficiência notórias do ente estatal, razão pela qual hoje há uma consciência mundial generalizada quanto à necessidade de que a sociedade volte a ser a protagonista, em detrimento do Estado. As ideias neoliberais, por sua vez, vieram dar suporte, nesse sentido, a uma série de alterações visando ao maior protagonismo dos particulares. Como consequência desse processo, o velho conceito de serviço público se tornou ultrapassado, não representando mais a realidade e as necessidades sociais¹⁶³.

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, sustenta que os serviços públicos em sua acepção tradicional, nos moldes da Escola francesa, estão desaparecendo, uma vez que tem ocorrido a privatização de várias empresas estatais e que o regime de exploração dos serviços tem sofrido alterações marcantes. Para o autor, em alguns setores, como no de telecomunicações, energia elétrica e portos, a noção clássica do serviço público, “se algo ainda diz, diz pouco”¹⁶⁴.

Sundfeld sustenta, inclusive, que já não mais se utilize a expressão “serviços públicos” a fim de designar as atividades econômicas definidas pela Constituição e pelas leis como sendo de titularidade do Estado. Segundo o autor,

vencida a era do Estado-empresário e iniciada a do Estado-regulador, a legislação brasileira passou a tratar essas atividades de um modo novo, admitindo sua exploração também em regime privado, embora sujeito à regulação estatal, o que

¹⁶² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 585, tradução nossa. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/76479541/Arino-Ortiz-Gaspar-Principios-der-publico-economico-copia#page=569>>. Acesso em: 18/10/2013.

¹⁶³ ARIÑO ORTIZ. *Principios de Derecho Público Económico*, p. 586-587.

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito global. In: *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. 1, nº 2, maio de 2001, Salvador/BA. p. 4. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18/10/2013.

tornou impróprio e perigoso o emprego, para designá-las, da velha expressão ‘serviços públicos’¹⁶⁵.

Para ele, o ideal seria a adoção, no âmbito brasileiro, – a exemplo da União Europeia – da expressão “serviços de interesse econômico geral” para os serviços cuja titularidade é estatal, mas que são abertos à prestação por particulares sob a regulação do Estado.

Resta claro, assim, que, para ambos os doutrinadores, a noção de serviço público não estaria somente em crise atualmente, mas teria mesmo perdido sua razão de ser, devendo ser abandonada de vez (Ariño Ortiz) ou então substituída por uma nova designação que retrate de forma adequada a realidade vigente (Sundfeld).

¹⁶⁵ SUNDFELD. A Administração Pública na era do Direito global, p. 4.

CAPÍTULO III

3. OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

3.1 A Constituição de 1988 e as transformações na noção de serviço público

3.1.1 A Ordem Econômica prevista na Constituição Federal

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 1º, elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil. Veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a **dignidade da pessoa humana**;

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;

V - o pluralismo político. (Grifo nosso).

O Título VII da Carta Magna, por sua vez, trata “Da Ordem Econômica e Financeira”, estabelecendo seus fundamentos, princípios e finalidades, os quais são dirigidos aos agentes econômicos públicos e privados. Essas orientações, contudo, devem ser analisadas conjuntamente com os objetivos e fundamentos maiores do Estado Brasileiro, de modo a poderem delimitar de forma coerente os espaços de atuação pública e privada.

Nas palavras de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, esses dispositivos que tratam sobre a ordem econômica brasileira “prescrevem as hipóteses de atuação direta ou indireta do Estado na vida econômica porque indispensáveis à realização de objetivos constitucionalmente definidos”¹⁶⁶.

Nesse contexto, tem-se que o art. 170, da Carta Magna de 1988, em sua redação atual, estabelece que:

¹⁶⁶ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 83.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - **livre concorrência**;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifo nosso).

Da análise dos dispositivos constitucionais, observa-se, pois, que a Constituição Brasileira privilegia tanto a livre iniciativa e a livre concorrência, quanto a dignidade da pessoa humana e a justiça social, buscando reduzir as desigualdades. Existe, assim, uma busca por equilibrar a dinâmica do mercado com a satisfação das necessidades sociais.

3.1.1.1 Livre iniciativa e livre concorrência

No art. 170 da Carta Magna brasileira, a livre iniciativa é apontada como um dos fundamentos da ordem econômica nacional, enquanto a livre concorrência é citada como um de seus princípios. Segundo Dinorá Grotti, ao adotar tais pressupostos, a Constituição de 1988 fez opção por um modelo econômico específico, qual seja, o “privatista, em contraposição ao sistema de coletivismo econômico, marcado por rigoroso planejamento estatal e pela apropriação social dos meios de produção.” Aduz a autora que esse é o regime da livre empresa, segundo o qual cada pessoa tem liberdade para lançar-se na atividade empresarial por sua conta e risco¹⁶⁷. Veja-se:

As leis que presidem a esta atividade são as de mercado.

Consubstancia a rejeição da economia liberal e do princípio da auto-regulação (*sic*) da economia, com sua substituição por uma ordem econômica intervencionista, que busca viabilizar a constituição de um Estado Democrático de Direito (...) ¹⁶⁸.

¹⁶⁷ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 136.

¹⁶⁸ *Idem*.

A ponderação acerca da livre iniciativa e da livre concorrência, todavia, “encontra necessária complementação”¹⁶⁹, razão pela qual merecem ser analisadas em conjunto.

A livre iniciativa está intimamente ligada à liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Entretanto, conforme entendimento de Eros Grau, ela não se restringe à liberdade de empresa, sendo “certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas”. De fato, para o autor, “a *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a *livre iniciativa*, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a iniciativa do Estado; (...)”¹⁷⁰.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por sua vez, afirma que a livre iniciativa

significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste, mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido¹⁷¹.

Já Dinorá Grotti explica que

a liberdade de iniciativa constitui uma manifestação dos direitos fundamentais e, com conotação econômica, equivale ao direito que todos têm de se lançarem ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco¹⁷².

A livre concorrência, a seu turno, é um “princípio do chamado livre mercado”¹⁷³, pressupondo a liberdade de disputa entre os agentes pela preferência dos consumidores.

Entretanto, a despeito da diferenciação entre elas, verifica-se que ambas dizem respeito a liberdades atribuídas pela Carta Magna, no âmbito econômico, aos agentes.

3.1.2 O reflexo da adesão do Estado Brasileiro ao paradigma neoliberal: a atuação subsidiária do Estado

Durante o contexto do Estado Social, houve o alargamento do ente estatal, o qual passou a ser o responsável por várias prestações aos indivíduos. Ademais, com o advento da globalização e dos inúmeros avanços tecnológicos, o Estado passou a ser cada vez mais

¹⁶⁹ GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 198.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 203.

¹⁷¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 1, p. 215-225, jan./mar. 2003. p. 215.

¹⁷² GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 137.

¹⁷³ FERRAZ JÚNIOR. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente, p. 216.

cobrado pela sociedade, haja vista terem surgido diversas novas demandas sociais, além de ter havido uma impulsão dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Com o passar do tempo, porém, essa assunção de demasiadas tarefas pelo ente estatal acabou levando à prestação ineficiente dos serviços, bem como ao endividamento público. A população, por sua vez, passou a exigir respostas eficientes do Estado, o qual já não mais lograva êxito na execução de todas as atividades assumidas. Em consequência disso, foi preciso repensar a atuação estatal, buscando a diminuição do tamanho do Estado e a consequente ampliação do espaço dos particulares.

Esse pano de fundo foi propício para que os ideais neoliberais ganhassem força no cenário brasileiro.

Conforme explicado no capítulo 2 do presente trabalho¹⁷⁴, as novas ideias trazidas pelo neoliberalismo foram ganhando espaço gradativamente na realidade brasileira após o fim do regime militar, tendo obtido mais destaque nos governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

Se perante o modelo de Estado Social o ente estatal era chamado a intervir constantemente na vida dos indivíduos, assegurando a eles várias prestações, o paradigma neoliberal traz uma visão diferente, buscando a redução das atividades estatais, de modo a ganhar eficiência e diminuir custos. Como bem explica Dinorá Grotti,

esta nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia; impõe a diminuição do seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade¹⁷⁵.

Uma vez que houve a redefinição do papel do Estado, fazia-se necessária também uma reforma na Administração Pública, como forma de adequá-la às novas necessidades estatais¹⁷⁶. Por esse motivo, buscou-se a substituição do modelo burocrático de administração – que embasava uma Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada – para o modelo gerencial – no qual a Administração Pública seria mais democrática, dando maior ênfase ao resultado do que ao processo em si e priorizando a eficiência em detrimento da

¹⁷⁴ Mais precisamente no subitem 1.2.2, intitulado “Mudanças no papel do Estado Brasileiro e o impacto nos serviços públicos”.

¹⁷⁵ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 150.

¹⁷⁶ Nas palavras de Fernando Henrique Cardoso, quando ainda Presidente da República Federativa do Brasil, para o Estado realizar bem a tarefa de atender às necessidades sociais, é preciso que “se reorganize e para isso é necessário adotar critérios de gestão capazes de reduzir os custos, buscar maior articulação com a sociedade, definir prioridades democraticamente e cobrar resultados”. (CARDOSO. *Reforma do Estado*, p. 16).

burocracia. Assim, foram adotados alguns princípios básicos como estratégias predominantes para a reforma administrativa, quais sejam: desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão¹⁷⁷.

Com as novas orientações advindas dessa reforma do aparelho estatal, houve uma mudança significativa na atuação do Estado brasileiro, o qual começou a reduzir sua intervenção direta na sociedade, passando a conferir a prestação de algumas de suas atividades aos particulares. Assim, começaram a ocorrer privatizações¹⁷⁸ de empresas que eram submetidas ao controle governamental, visando ao aumento da eficiência.

Através do Programa Nacional de Desestatização (criado pela Lei nº 8.031/1990 e regulamentado pela MP nº 1.481 e pelo Decreto nº 1.204), foi aberto espaço para a iniciativa privada, transferindo para ela atividades que antes eram restritas ao setor público.

No tocante aos serviços públicos, é importante ressaltar que não só as empresas estatais prestadoras desses serviços eram privatizadas, como, concomitantemente, havia a delegação de concessão ou permissão de serviços públicos a essas mesmas empresas após a sua privatização.

Dessa forma, houve uma significativa ampliação da participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos no país, com o alcance de “empresas estatais com atuação em amplos setores de ‘serviços públicos’ de infra-estrutura (*sic*), diretamente relacionados ao fornecimento de utilidades essenciais à coletividade”¹⁷⁹. Nas palavras de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, *in verbis*:

Até o início de 1996, a empresa privada estava quase ausente da prestação de serviços públicos no Brasil. No fim de 1998, os investidores privados – em parte significativa representando grupos ou instituições estrangeiras – controlavam os setores de telecomunicações e de ferrovias, os grandes portos do país, algumas das principais rodovias, além de dois terços do segmento de distribuição de energia elétrica, uma parte do segmento de geração, além de uma pequena, mas crescente parcela de serviços de água e esgotamento sanitário¹⁸⁰.

Ademais, faz-se importante ressaltar que, com as diversas privatizações de empresas estatais, serviços públicos que antes eram prestados em regime de exclusividade por agentes estatais, passaram a ser prestados em regime de competição entre os agentes privados que

¹⁷⁷ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 150-151.

¹⁷⁸ Entendidas como “a transferência da propriedade pública de bens de produção para o setor privado, mediante a alienação de participação societária de empresa estatal ou do controle acionário”. (CARVALHO. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*, p. 107.).

¹⁷⁹ CARVALHO. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*, p. 109.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 108.

adquiriram o controle das empresas privatizadas. Segundo Vitor Schirato, essa alteração correspondeu a uma verdadeira quebra de paradigma, implicando “considerável alteração na forma de atuação do Estado com relação ao serviço público”. Essa alteração, para o autor, consiste no fato de que

a regulação da atividade, que antes era desenvolvida pela mesma pessoa prestadora e era baseada no comando hierárquico produzido pela própria Administração, passa a ser exercida de forma segregada com relação à prestação e passa a ter base contratual ou regulamentar, e não mais hierárquica¹⁸¹.

A concorrência entre os prestadores surge, desse modo, como uma ferramenta para a realização das finalidades do serviço público, na medida em que se objetiva conferir aos usuários os benefícios que antes só se achava que seriam alcançáveis por meio da exclusividade pública na prestação dos serviços.

Essa nova concepção pressupõe a ideia de que o ente estatal continua vinculado à garantia de que as necessidades sociais serão satisfeitas, entretanto, passa a contar com o auxílio da iniciativa privada nesse desígnio. Significa dizer que o Estado passa a não ter mais que prestar de forma direta todos os serviços públicos à população, podendo delegar a sua prestação a particulares. O papel estatal, nesse contexto, passa a ser o de controlador, fiscalizador, incentivador e fomentador das iniciativas privadas na execução das atividades delegadas.

Verifica-se, pois, que, segundo esse novo papel desempenhado pelo Estado, a atuação estatal deverá ser subsidiária, priorizando-se a livre iniciativa em detrimento do caráter intervencionista. Cabe ao ordenamento jurídico, por sua vez, fixar os parâmetros para que se realizem da melhor forma possível os direitos fundamentais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, segundo entendimento de Marçal Justen Filho, o Brasil consagrou a adoção desse “princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico”¹⁸².

Com efeito, como foi dito anteriormente no presente trabalho, a Constituição brasileira elevou a livre iniciativa à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, como previsto no art. 1º. Da mesma forma, a elencou como um dos princípios basilares da ordem econômica nacional, como disposto em seu art. 170. Desse modo, resta clara a opção brasileira pela ideia de que a atuação estatal direta no domínio econômico somente deverá ocorrer de forma suplementar. Significa dizer que “se a própria sociedade for capaz de

¹⁸¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 151-152.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 307.

obter satisfação para suas necessidades, por seus próprios meios, não se justifica a atuação ou a intervenção pública direta”¹⁸³. Nas palavras de Dinorá Grotti, “o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos”¹⁸⁴.

Assinala-se, contudo, que, caso a sociedade não seja capaz de atender de forma satisfatória às demandas sociais, o Estado tem o dever de agir, prestando os serviços à população¹⁸⁵.

É importante ressaltar, portanto, que a atuação subsidiária do Estado no contexto da ordem econômica não importa em um afastamento entre o ente estatal e o mercado ou os agentes privados. Isso ocorre porque, apesar de evitar intervir diretamente no âmbito econômico, o Estado tem o dever de fiscalizar a forma de agir dos particulares, inclusive na prestação dos serviços públicos, identificando falhas e obstáculos à realização dos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, bem como dos princípios da ordem econômica, todos estabelecidos no texto constitucional.

Nesse sentido, é mister trazer à colação o disposto no *caput* do art. 174, bem como no §4º do art. 173, ambos da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Tais dispositivos constitucionais retratam, portanto, o papel subsidiário do ente estatal, deixando clara, porém, a necessidade de que o Estado fiscalize a prestação das atividades, atuando, sempre que necessário, para garantir uma prestação satisfatória à população.

3.1.3 As atividades estatais e o serviço público

¹⁸³ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 38.

¹⁸⁴ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 371.

¹⁸⁵ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 38.

Se, por um lado, a Constituição brasileira atribui papel fundamental à livre iniciativa e à livre concorrência, por outro lado, a busca pela justiça social, pela redução das desigualdades e pela concretização dos direitos fundamentais também são metas almejadas. Disso resulta que, apesar de a liberdade econômica ter importância significativa, o Estado brasileiro se compromete a prestar certas atividades à população, como forma de salvaguardar as necessidades sociais. Isso ocorre porque, a despeito de no contexto de um Estado subsidiário vigorar a liberdade de iniciativa, devendo o ente estatal abster-se de prestar atividades que os particulares possam, por si só, desenvolver de modo satisfatório, caso a iniciativa privada não consiga desenvolver as atividades a contento, o Estado terá o dever de prestá-las à população.

Com efeito, os entes privados têm poder de escolha para decidirem se querem ou não desenvolver certa atividade. Contudo, há certos serviços cuja prestação à população é medida que se impõe, haja vista estarem relacionados à efetivação de direitos fundamentais. Essas atividades têm tanta importância, que o Estado não pode correr o risco de que os particulares não as forneçam à sociedade – não pode deixar que a decisão de prestá-las fique ao alvedrio da lógica de mercado.

Nesse contexto, os serviços públicos aparecem com grande relevância. É que, nos termos como esclarece Marçal Justen Filho, “a qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe o vínculo com os direitos fundamentais”¹⁸⁶.

Em razão da dificuldade em sua definição, o serviço público acabou por ser objeto tanto de conceitos bem amplos, quanto de conceitos mais restritos, conforme já foi devidamente analisado no subitem 1.2 do capítulo 1 deste trabalho.

Fernando Herren Aguillar ressalta que essa concepção ampla de serviço público vigorou no Brasil durante muito tempo, mas que, com o advento da Constituição Federal de 1988, esse panorama mudou. Isso ocorreu porque o texto constitucional, em seu art. 175, trouxe disposição esclarecedora quanto ao regime jurídico dos serviços públicos¹⁸⁷. Veja-se seu enunciado:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 689.

¹⁸⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

De fato, ao permitir a prestação de serviços públicos por particulares, por meio de concessão ou permissão, a Constituição “faz supor que há atividades estatais que não são serviços públicos, principalmente porque nem tudo o que o Estado faz pode ser concedido ou permitido à iniciativa privada”¹⁸⁸.

Por outro lado, os dispositivos constitucionais utilizam a expressão “serviço público” de forma indiscriminada, não diferenciando quando fazem referência à concepção ampla ou à concepção restrita do instituto.

Sendo assim, é importante frisar que, no contexto vigente, serviço público, em sentido amplo, corresponde à totalidade das atividades que o ente estatal desempenha – abrangendo as funções administrativa, legislativa e jurisdicional –, enquanto o sentido estrito diz respeito às atividades prestacionais desempenhadas pelo Estado, nas quais este cria utilidades e as coloca à disposição da sociedade, visando ao seu bem-estar e progresso – o que exclui, pois, as funções legislativa e jurisdicional. No âmbito do Estado brasileiro atual, portanto, os serviços públicos em sentido estrito estão inseridos nas atividades prestacionais desenvolvidas pelo ente estatal.

Com efeito, conforme ensinamento de Lucas Rocha Furtado, as atividades desenvolvidas pelo Estado podem ser subdivididas em três grandes categorias: de polícia, prestacional e de fomento. A primeira, segundo o autor, caracteriza-se por “interferir na esfera privada por meio da imposição de limitações ou de restrições ao exercício das liberdades dos particulares”¹⁸⁹. Trata-se, pois, de atividade negativa, uma vez que traz contenções à forma de atuação dos indivíduos. A atividade prestacional – relacionada à prestação de serviços públicos –, em contrapartida, tem papel contrário, na medida em que visa à criação de benefícios para a sociedade. Dessa forma, é considerada atividade positiva, visando à satisfação das necessidades da população.

Quanto às atividades de fomento, o mesmo doutrinador esclarece que, a despeito de também serem consideradas atividades positivas, essas em muito diferem das atividades prestacionais do Estado. Isso ocorre porque as atividades de fomento estão intimamente relacionadas aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência¹⁹⁰. Assim, por meio delas, o ente estatal interfere no âmbito dos particulares visando a “estimular os agentes

¹⁸⁸ AGUILLAR. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, p. 26.

¹⁸⁹ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 593.

¹⁹⁰ Marçal Justen Filho define o fomento como “uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social.” (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 677.).

privados a desenvolver atividades privadas cujos benefícios possam interessar à população”¹⁹¹. Não se trata, portanto, de o próprio Estado, de forma direta ou indireta, colocar utilidades à disposição da sociedade, mas sim de incentivar que os particulares desenvolvam atividades que gerem benefícios à coletividade.

Fernando Herren Aguillar, de sua parte, também subdivide as atividades estatais em três grandes grupos, entretanto faz uma separação diferente: funções públicas, serviços públicos em sentido estrito e atividades econômicas desempenhadas pelo Estado. As funções públicas, para o autor, são as atribuições irrenunciáveis do ente estatal, aquelas que ele não pode ceder à prestação por particulares sob pena de prejudicar a própria existência do Estado. Os serviços públicos em sentido estrito, por sua vez, são “atividades econômicas distintas das de produção industrial de bens”, que estão previstos no art. 175 da Constituição Federal e são suscetíveis de concessão ou permissão. Já as atividades econômicas desempenhadas pelo Estado são “atividades excepcionais do Estado no mundo das atividades econômicas” e envolvem a produção industrial de bens, sendo “distintas da prestação de serviços públicos”¹⁹².

Dessa forma, verifica-se que, a despeito de as subdivisões serem diferentes, convergem no fato de que não se pode negar que os serviços públicos – tomados em sentido estrito – são prestações desenvolvidas pelo ente estatal em prol da sociedade, razão pela qual estão inseridos no rol das atividades do Estado brasileiro, como se deduz da análise do art. 175 da Constituição Federal, que dispõe expressamente sobre a incumbência do Poder Público na prestação dos serviços públicos.

3.1.4 Serviços públicos e atividades econômicas

Conforme foi dito, a Constituição brasileira de 1988 atribui importância, simultaneamente, à livre iniciativa e à livre concorrência, mas também à satisfação das necessidades sociais. Dessa forma, mantendo coerência com essa ideologia, ensina Carlos Eduardo Vieira de Carvalho que “a Carta Magna só autoriza o Estado a explorar atividades econômicas no seu sentido estrito em virtude de razões de interesse coletivo ou de segurança nacional (art. 173).” Por outro lado, aduz o mesmo autor que “a Constituição atribui ao Estado

¹⁹¹ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 595.

¹⁹² AGUILLAR. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*, p. 28-30.

a titularidade das atividades econômicas qualificadas pelo constituinte ou pelo legislador como ‘serviços públicos’¹⁹³.

Nesse contexto, torna-se necessário esclarecer as relações traçadas entre serviços públicos e atividades econômicas no âmbito do texto constitucional de 1988.

Primeiramente, é mister transcrever o *caput* dos arts. 173 e 175 da Constituição Federal de 1988, os quais tratam sobre as atividades econômicas e os serviços públicos, respectivamente.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de **atividade econômica** pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (Grifo nosso).

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de **serviços públicos**. (Grifo nosso).

Segundo Marçal Justen Filho, distinguir essas duas formas de atuação estatal é fundamental sob dois aspectos. O primeiro é no sentido de propiciar que sejam determinados os limites da atuação privada e da atividade pública, uma vez que

o art. 175 da CF/88 fixa que os serviços públicos competem ao Estado. Já a atividade econômica propriamente dita incumbe aos particulares (CF/88, art. 170, *caput* e parágrafo único) e o Estado a ela se dedicará apenas por exceção (CF/88, art. 173)¹⁹⁴.

O segundo aspecto relaciona-se ao regime jurídico que rege o desenvolvimento da atividade. Com efeito, conforme lição do mesmo autor, enquanto a atuação caracterizadora do serviço público está ligada ao âmbito do direito público, as atividades econômicas se enquadram nos limites do direito privado. Veja-se:

Como decorrência, a prestação de serviço público (diretamente pelo Estado ou através de particulares) far-se-á segundo os princípios e as regras de Direito Público. Já a atividade econômica (mesmo quando exercitada pelo próprio Estado) se regula pelo Direito Privado¹⁹⁵.

É importante frisar que não é outro o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem serviços públicos e atividades econômicas são disposições completamente diferentes, estando ligados a “regimes normativos antagônicos”. Para o autor, a distinção entre as atividades é tão notória, que ele a qualifica como sendo “óbvia”¹⁹⁶.

¹⁹³ CARVALHO. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*, p. 84.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 308.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 701.

Com efeito, conforme sustenta o doutrinador, a diferenciação entre atividades econômicas e serviços públicos reside no fato de que as primeiras são da alçada dos particulares, só podendo ser desempenhadas pelo Estado em casos excepcionais de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, enquanto os últimos são incumbência do ente estatal, só podendo ser prestados por particulares caso o Estado os credencie a prestá-los¹⁹⁷.

Cumprindo observar que diferente é o entendimento de Eros Roberto Grau. Para ele, não há oposição clara entre atividade econômica e serviço público, uma vez que o próprio serviço público estaria subsumido na atividade econômica. Dessa forma, atividade econômica, tomada em sentido amplo, seria gênero do qual o serviço público seria uma das espécies. A outra espécie, conforme entende o autor, seria a própria atividade econômica, considerada em sentido estrito¹⁹⁸.

Nas palavras desse doutrinador: “a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.”¹⁹⁹. Todavia, segundo o autor, o serviço público é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente (não exclusivamente) ao setor público, de tal sorte que “o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado”²⁰⁰.

Considerando acertado o posicionamento acima, no sentido de que os serviços públicos estão inseridos nas atividades econômicas em sentido amplo, percebe-se que importa distingui-los das atividades econômicas em sentido estrito.

Eros Grau explica que tanto o âmbito das atividades econômicas em sentido estrito quanto o dos serviços públicos serão ampliados ou reduzidos conforme o momento histórico experimentado pelo Estado. Isso ocorre porque tais atividades terão sua seara definida a partir do confronto entre a vontade de obter lucro e a necessidade de que a população obtenha certas utilidades, isto é, “do confronto entre interesses do capital e do trabalho”. Nesse sentido, apesar de reconhecer as dificuldades para diferenciar os dois campos de atuação, o autor ressalta que ambos estão sujeitos a regimes jurídicos distintos, previstos nos arts. 173 e 175 da Constituição Federal²⁰¹.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 809.

¹⁹⁸ GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 99-100.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 99, grifos do original.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ *Idem*, p. 107.

Marçal Justen Filho, na esteira das considerações tecidas por Eros Grau, afirma que “o serviço público é algo mais do que a atividade econômica – mas não que seja algo qualitativamente diverso.”. Ademais, salienta o autor que, enquanto “a atividade econômica em sentido restrito peculiariza-se pela exploração econômica lucrativa, segundo princípios norteadores da atividade empresarial, fundada na *racionalidade estritamente econômica*”, o serviço público, por sua vez, “é uma atividade orientada ao atendimento de certas necessidades fundamentais, do que deriva sua submissão a um regime jurídico restritivo e limitado”²⁰².

Dinorá Grotti, a seu turno, ensina que os serviços públicos obedecem a parâmetros diferenciados quanto à oportunidade e à conveniência de serem prestados em determinadas condições, sob prerrogativas e sujeições especiais. Nas palavras da autora:

[*Os serviços públicos*] Referem-se ao espaço público e não ao espaço privado, e sua qualificação como serviço público supõe excluir uma atividade das regras de mercado.

(...)

Se os serviços públicos ficarem diretamente afetados pelas forças do mercado, condicionados inteiramente pelo valor de troca, segundo a lógica do capital e do mercado, é óbvio que os serviços deixarão de ser públicos para passarem a ser atividades econômicas, segundo o ordenamento jurídico pátrio, sujeitos às circunstâncias e contingências que elas reclamam.

A diferença entre atividade econômica (art. 173) e serviço público (art. 175) somente se justifica porque a Constituição previu que a primeira estaria sujeita ao regime próprio da iniciativa privada (...) ²⁰³.

Em contrapartida, a lição de Vitor Rhein Schirato é no sentido de que a diferença entre serviços públicos e atividades econômicas não se insere na reserva feita ao Estado ou à iniciativa privada, nem tampouco no regime jurídico adequado para a atividade, mas sim “na existência de uma obrigação de intervenção pelo Estado no caso do art. 175 e de uma faculdade de empreendimento no caso das demais atividades econômicas.”. Ressalte-se que o autor defende essa posição – que é contrária à doutrina majoritária, como ele mesmo faz questão de frisar – por entender que, tendo a Carta Magna brasileira fixado os serviços públicos como atividades econômicas que são obrigações do Estado²⁰⁴, a prestação desses serviços nada mais é do que “*um dos casos em que a Constituição Federal permite que o Estado explore atividades econômicas diretamente.*”²⁰⁵.

²⁰² JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 310, grifo do original.

²⁰³ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 139.

²⁰⁴ O autor entende os serviços públicos como “instrumentos de cumprimento dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal”, razão pela qual “são *obrigações jurídicas impostas ao Estado*”. (SHIRATO. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 123, grifos do original.).

²⁰⁵ SHIRATO. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 131-132, grifos do original.

Por último, cumpre mencionar a diferenciação apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁶. A autora também entende estarem os serviços públicos abarcados pelas atividades econômicas em sentido amplo. Entretanto, faz questão de diferenciá-los das atividades econômicas em sentido estrito. Enquanto os serviços públicos estão previstos no art. 175 da Constituição, as atividades econômicas (pensadas em sentido estrito) estão abarcadas pelo art. 173 da Carta Magna.

Sendo assim, a principal diferença reside no fato de que as atividades econômicas, previstas no art. 173 do texto constitucional, são reservadas à iniciativa privada, somente podendo ser executadas pelo ente estatal em caso de relevante interesse coletivo ou por motivo de segurança nacional. Assim, quando o Estado, excepcionalmente, executa essas atividades, não está prestando serviços públicos, mas tão somente atuando na esfera de ação dos particulares, razão pela qual deverá sujeitar-se ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações constitucionalmente estabelecidas.

Já aos serviços públicos não se aplica o art. 173 da Carta Magna, mas sim o art. 175, que determina sua execução de forma direta pelo Estado ou indireta, por meio de concessão ou permissão. Ademais, frisa Di Pietro que o serviço público somente será assim considerado “quando a lei o define como tal”²⁰⁷. Logo, se não há previsão legal dizendo que certa atividade é serviço público, esta não pode ser assim considerada.

A nosso ver, parece que a principal diferenciação entre serviços públicos e atividades econômicas diz respeito à finalidade da atividade que é desempenhada, pois, partindo-se dela, as demais diferenças aparecerão por via de consequência.

Apesar de ambas serem espécies do gênero atividade econômica, considerada em sentido amplo – uma vez que são relativas à utilização de bens escassos –, fato é que os serviços públicos visam à satisfação de direitos fundamentais²⁰⁸, voltados à realização da dignidade da pessoa humana, razão pela qual sua prestação é medida que se impõe, não podendo ficar à mera disposição da vontade privada. Devido a isso, a Constituição atribui ao Estado a titularidade da prestação dos serviços públicos, consoante disposição do art. 175.

Por outro lado, as atividades econômicas, tomadas em sentido estrito, não envolvem valores da mesma ordem que os abrangidos pelos serviços públicos, sendo orientadas pela lógica da exploração econômica lucrativa e embasadas na livre iniciativa dos particulares.

²⁰⁶ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 115.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ Nesse sentido, veja-se o ensinamento de Marçal Justen Filho, *in verbis*: “a qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe o vínculo com os direitos fundamentais”. (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 689.).

Disso decorre o fato de a Constituição estabelecer que a prestação de atividades econômicas, em regra, cabe aos particulares, somente podendo a sua exploração ser atribuída ao Estado em caso de interesse coletivo ou de segurança nacional, conforme previsão expressa do art. 173.

Assinala-se ainda que tal entendimento constitui também uma forma de proteger os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados no texto constitucional, garantindo aos particulares que o Estado não irá se valer de suas prerrogativas em qualquer caso, o que atrapalharia a dinâmica de mercado, própria da iniciativa privada.

Ademais, as diferenças entre essas atividades também levam à necessidade de que os regimes jurídicos, no seu desempenho, sejam distintos.

Com efeito, em virtude da importância de que se revestem os serviços públicos, é compreensível que sejam a eles atribuídas certas prerrogativas, daí a submissão a regime jurídico diferenciado – regime jurídico total ou parcialmente de direito público – quando da prestação de serviços públicos. Em contrapartida, em se tratando da exploração de atividades econômicas, a lógica orientadora deve ser a de mercado, razão pela qual o regime jurídico cabível é o de direito privado.

3.1.5 Titularidade estatal

Os serviços públicos, conforme foi dito, estão relacionados ao desenvolvimento de atividades que gerem utilidades à sociedade, promovendo a satisfação de necessidades fundamentais da população. Devido a essa relevância, a prestação desses serviços não pode ficar inteiramente dependente das forças de mercado, sob pena de correr o risco de não serem prestados a contento dos indivíduos²⁰⁹.

Com fundamento nessa ideia, o entendimento majoritário, na doutrina brasileira, ainda hoje atribui aos serviços públicos a característica de serem de titularidade estatal, tendo como fundamento o art. 175 da Constituição Federal²¹⁰.

²⁰⁹ Frise-se o posicionamento de Marçal Justen Filho, para quem, caso o sistema econômico privado consiga, sozinho, satisfazer os direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade, não há razão para que o Estado se atribua o dever de prestar determinadas atividades. Com efeito, para o autor, apesar de o vínculo com os direitos fundamentais ser pressuposto da qualificação de uma atividade como serviço público, ele, por si só, não é suficiente. De fato, “é indispensável a inadequação dos mecanismos da livre iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes”. Observa o autor, contudo, que essa hipótese de prestação exclusiva dos serviços públicos pelos particulares não se configura plausível, uma vez que conduziria à própria extinção do Estado. (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 689 e 710.).

²¹⁰ Tal fato pode ser observado quando tratamos sobre “Os vários conceitos de serviço público”, subitem 1.2.2, no capítulo 1, do presente trabalho.

Com efeito, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso no artigo 175 da Constituição, e sempre depende do Poder Público”²¹¹. A autora baseia, ainda, sua fundamentação nos ensinamentos do autor francês Jean Rivero, para quem “qualquer serviço público depende em última instância duma autoridade pública”²¹².

Essa titularidade estatal seria traduzida no conceito da *publicatio*, segundo o qual a atividade somente pode ser desempenhada pelo Estado – diretamente – ou por quem atue em nome deste, “*interditando-se aos demais particulares o direito de ter a iniciativa de explorar a mesma atividade ou outra concorrente do ponto de vista material*”²¹³.

Vitor Rhein Schirato atribui esse apego da doutrina brasileira à ideia de titularidade estatal nos serviços públicos a uma questão histórica. Segundo o autor, a noção de serviço público, ao longo da história, sempre esteve relacionada à presença do Estado, justificando a assunção, pelo ente estatal, de determinadas atividades econômicas de interesse coletivo. Daí se entende a razão pela qual, no direito brasileiro, a presença do Estado funciona como um elemento fundamental na noção de serviço público²¹⁴.

É importante frisar, contudo, que “não se deve confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação do serviço*”²¹⁵.

De fato, apesar de os conceitos clássicos entenderem que a prestação de serviços públicos é de titularidade do Estado – com fundamentação no art. 175 da Constituição brasileira de 1988 –, esse mesmo dispositivo do texto constitucional deixa clara a possibilidade de que o Estado delegue a prestação dos serviços públicos a entes particulares através da concessão e da permissão, sempre através de licitação²¹⁶. Ressalte-se, porém, que tal fato, por si só, não desnatura a caracterização do serviço como sendo público, uma vez que apenas transfere-se a execução – a gestão – do serviço ao particular, mas a incumbência da prestação permanece na seara do Poder Público²¹⁷.

²¹¹ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 107.

²¹² RIVERO. *Direito Administrativo*, p. 496.

²¹³ SCHIRATO. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 89, grifos do original.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 697, grifos do original.

²¹⁶ Sobre isso, veja-se que Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com base em argumentos apresentados por Jean Rivero, afirma que tanto a criação quanto a gestão dos serviços públicos incumbem ao Estado, o qual pode fazer esta última diretamente ou indiretamente. (DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 107.).

²¹⁷ É importante ressaltar a existência de posição antagônica à que foi apresentada. Com efeito, Vitor Rhein Schirato discorda da doutrina no tocante a elencar o regime jurídico de direito público e a titularidade estatal como sendo elementos essenciais dos serviços públicos. Para o autor, ambos “não são, via de consequência, qualquer dos elementos a caracterizar um serviço público, mas sim uma obrigação jurídica (*i.e.*, a imposição pelo ordenamento jurídico) do Estado destinada à satisfação de um determinado direito fundamental.” (SCHIRATO. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 184).

Diga-se que, nesse sentido, é o entendimento de Dinorá Grotti ao falar dos serviços públicos, *in verbis*:

Trata-se de atividades de titularidade do Poder Público, que não se desnaturam quando sua execução é delegada a particulares, pois a Constituição fixa um vínculo orgânico com a Administração, ao dispor, no *caput* do art. 175, que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão²¹⁸.

Nessa mesma linha se dá a orientação de José dos Santos Carvalho Filho, o qual esclarece:

É claro que as relações sociais e econômicas modernas permitem que o Estado delegue a particulares a execução de certos serviços públicos. No entanto, essa delegação não descaracteriza o serviço como público, vez que o Estado sempre se reserva o poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço. Não é por outra razão que a Constituição atual dispõe no sentido de que é ao Poder Público que incumbe a prestação dos serviços públicos (art. 175)²¹⁹.

Marçal Justen Filho, por sua vez, sustenta que “o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares”, não se aplicando, nesse caso, nem o princípio da livre iniciativa nem o da livre concorrência, haja vista que a prestação do serviço incumbe ao ente estatal²²⁰.

No mesmo sentido, dispõe Paulo Henrique Ribas:

A titularidade do serviço público sempre será do Estado, o vínculo com o Estado nunca deixará de existir, pois o que ocorre é a delegação da prestação de determinados serviços públicos, mas não a transferência de titularidade²²¹.

Outro também não é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o simples fato de o Estado ser o titular dos serviços públicos não importa necessariamente que ele tenha que prestá-los por si próprio ou por algum ente seu. “Na esmagadora maioria dos casos [o Estado] estará apenas obrigado a discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação”²²². Conclui o autor, assim, que o ente estatal

tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá *promover-lhes* a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (...)²²³.

²¹⁸ GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 89.

²¹⁹ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 350.

²²⁰ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 698.

²²¹ RIBAS. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais, p. 81.

²²² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 697, grifos do original.

²²³ *Idem*.

Faz-se necessário consignar, entretanto, que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que nem sempre o Estado será o titular exclusivo dos serviços públicos. Segundo o autor, há certos serviços cuja exclusividade não foi atribuída ao ente estatal, razão pela qual só poderão ser considerados como sendo públicos quando o Estado promova a sua prestação. São serviços que o Estado deve desempenhar, “imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividade em que se inserem”²²⁴. Dessa forma, os particulares podem desempenhar tais atividades sem que seja necessária concessão ou permissão estatal.

A diferença na prestação desses serviços, conforme ensinamento de Bandeira de Mello, reside no fato de que o Estado não detém sua titularidade exclusiva – ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos constitucionalmente previstos²²⁵. Isso significa que, apesar de o Estado ser titular da prestação do serviço, este pode ser prestado também por particulares, uma vez que a própria Constituição prevê expressamente essa hipótese. Fazem parte do rol dos serviços que se situam nessa condição: saúde, educação, previdência social e assistência social, nos termos dos arts. 196 e 197 (saúde), 205, 208, 211 e 213 (educação), 201 e 202 (previdência social), 203 e 204 (assistência social).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica esses serviços como serviços públicos sociais, na medida em que são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e visam ao atendimento dos direitos sociais dos indivíduos. Segundo a doutrinadora, eles atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas convivem com a iniciativa privada²²⁶.

José dos Santos Carvalho Filho, a seu turno, defende que tais atividades não são serviços públicos, “porque não são executadas sob regime jurídico de direito público, mas sim dentro do âmbito normal das pessoas privadas que têm na solidariedade ou assistência social um de seus objetivos institucionais.”. O autor entende, assim, que, ainda que o Poder Público tenha o poder de fiscalização e regulação dessas atividades, “a atuação estatal se faz dentro do âmbito normal de controle, e não sob um sistema normativo específico, destinado à detalhada disciplina da atividade”, razão pela qual não se poderia atribuir a tais atividades o caráter de serviços públicos²²⁷.

Marçal Justen Filho, por sua vez, adota posição contrária. Para o autor, quando se tratar dessas atividades que o texto constitucional permite que sejam prestadas tanto pelo

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 703.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 116.

²²⁷ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 351.

Estado quanto por particulares, ter-se-á serviço público prestado por particular em “regime jurídico próximo ao do serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação”, e não atividade econômica sujeita a regime jurídico misto. Acredita o autor que “há a tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares”²²⁸.

Não perfilhando esse entendimento, e com base no ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello e de José dos Santos Carvalho Filho, apresentados acima, entendemos que, no caso de tais atividades, considerar-se-ão como serviços públicos somente quando forem prestadas pelo Estado, quando serão submetidas a um regime diferenciado. Ao contrário, quando forem prestadas por particulares, serão atividades privadas, sendo regidas, portanto, por normas de direito privado.

3.1.6 Regime jurídico

A mesma fundamentação que dá ensejo ao posicionamento doutrinário no sentido da titularidade estatal na prestação dos serviços públicos também se reflete quanto à questão do regime jurídico adequado ao desempenho desses serviços.

Com efeito, tendo em vista que os serviços públicos almejam a efetivação de interesses coletivos, é compreensível que sejam atribuídas a eles certas prerrogativas de que os particulares não dispõem quando desempenham suas atividades no âmbito privado.

Ressalte-se que, nesse sentido, é o entendimento de Marçal Justen Filho, *in verbis*:

A atividade de serviço público é um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade. Os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados. Por isso, as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata são subordinadas ao regime de direito público. A atividade de serviço público é subordinada ao regime de direito público como consequência de sua natureza funcional²²⁹.

De fato, a maior parte da doutrina brasileira entende o regime jurídico de direito público como sendo uma característica determinante para a configuração de um serviço público²³⁰. Com efeito, a exemplo de Marçal Justen Filho²³¹, Celso Antônio Bandeira de

²²⁸ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 698.

²²⁹ *Idem*, p. 690.

²³⁰ Tal fato pode ser verificado quando tratamos sobre “Os vários conceitos de serviço público”, subitem 1.2.2, no capítulo 1, do presente trabalho.

²³¹ Frise-se que, para Justen Filho, “serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público.” (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 690-691). Depreende-se, pois, que, para o autor, somente é concebível pensar que o serviço público deva ser prestado sob regime jurídico de direito público, nunca de direito privado.

Mello também defende que o serviço público é sempre prestado sob regime jurídico de direito público. Veja-se: “a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva”²³².

Todavia, há quem defenda que, diante da nova realidade social, política e econômica, deve haver a ruptura dessa visão quanto à necessidade de sujeição do serviço público ao regime jurídico de direito público.

Segundo Lucas Rocha Furtado, “nos dias atuais, amplia-se o rol dos serviços públicos regidos, ainda que parcialmente, por normas de Direito Privado”, razão pela qual não se pode pretender uma gestão somente pública, nem tampouco uma gestão exclusivamente privada. O autor ressalta, ainda, que, apesar de a primazia ser do regime público, cada vez mais este vem cedendo espaço ao regime privado. Em resumo, defende que “a prestação dos serviços públicos está sujeita a normas públicas e privadas, conforme dispuser a legislação pertinente a cada categoria de serviço público”²³³.

No mesmo sentido, o autor francês Jean Rivero explica que “hoje em dia o processo do serviço público já não define pois um regime jurídico preciso”, uma vez que o simples fato de se caracterizar um serviço como público já não mais relata qual grau de importância será dado às regras de direito público do regime que o disciplinará. Ademais, dispõe o autor que um certo número de atividades privadas, que não têm *status* de serviço público, hoje também dependem, em parte, do direito público, o que também denota imprecisão quanto ao regime jurídico²³⁴.

Outros autores, porém, adotam posição intermediária quanto à questão – posição essa que nos parece ser a mais adequada –, alegando que, apesar de não se poder afastar a necessidade de sujeição ao regime de direito público quando da prestação dos serviços públicos, este regime pode ser derogado parcialmente pelo direito privado em certos casos.

Dessa forma, esses autores fazem a ressalva de que “não se precisa admitir que a disciplina seja integralmente de direito público”²³⁵, uma vez que há hipóteses em que particulares prestam serviços públicos em colaboração com o Estado. Contudo, nesses casos, pode-se dizer que há um regime híbrido, no qual estão inseridas tanto normas de direito privado quanto normas de direito público. O que não se pode dizer, como ressalta Carvalho Filho, é que as normas de direito privado incidem integralmente, uma vez que algumas

²³² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 692.

²³³ FURTADO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 608-609.

²³⁴ RIVERO. *Direito Administrativo*, p. 501.

²³⁵ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 351.

normas de direito público sempre predominarão quando colidirem com as de direito privado²³⁶.

É importante assinalar que, nessa mesma linha, se dá a orientação de Odete Medauar, segundo a qual o serviço público se caracteriza por ser prestação submetida total ou parcialmente ao regime jurídico de direito público. A autora entende que, ainda que a atividade seja prestada por particular – o que, em tese, a sujeitaria às regras de direito privado –, uma vez que seja qualificada como serviço público, terá diferenciações, porque “não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado”. Em suma, explica que “o serviço público não acarreta necessariamente a aplicação exclusiva do direito público, mas é condição suficiente da aplicação de certo *quantum* de direito administrativo”²³⁷.

Outro não é o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De fato, a exemplo de Odete Medauar, a autora também atribui à caracterização do serviço público o fato de ser prestado sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público. Para ela, determinados tipos de serviços públicos são regidos pelo direito público, mesmo que sejam utilizados – em determinadas circunstâncias previstas em lei – institutos do direito privado. Quando se trata, entretanto, de serviços públicos comerciais e industriais²³⁸, o regime jurídico utilizado é o de direito privado, porém sempre derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Isso significa que haverá um regime jurídico híbrido, prevalecendo o direito público ou o direito privado, em cada caso, a depender do que a lei dispuser. O fato é que “nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas”²³⁹.

Resta claro, assim, que, a despeito das mudanças ocorridas nos campos social, econômico e político, a sujeição a regime jurídico de direito público continua sendo característica relevante dos serviços públicos. A diferença, porém, reside no fato de que, atualmente, admite-se que esse regime seja derogado em parte pelo direito privado quando necessário. Entretanto, apesar da ampliação da influência exercida pelo direito comum, verifica-se que, ainda assim, o regime jurídico de direito público permanece tendo relevância, uma vez que, conforme defendido por vários autores, não há prestação de serviços públicos regida exclusivamente pelo regime de direito privado. Depreende-se, assim, que sempre

²³⁶ CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, p. 351

²³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 336.

²³⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende como serviços públicos comerciais e industriais do Estado aqueles disciplinados pelo art. 175 da Constituição Federal, que buscam atender às necessidades coletivas da sociedade, e que são tratados como incumbência do Poder Público, o qual deve prestá-los de forma direta ou indireta, através de concessões e permissões. (DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 115).

²³⁹ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 107-108.

haverá algo do regime de direito público quando do desempenho dessas atividades, ainda que tal regime não seja aplicado em sua totalidade.

3.2 A possível crise da concepção de serviço público no Direito brasileiro

3.2.1 Razões que justificariam a ideia de crise

As diversas transformações por que tem passado a ideia de serviço público no Direito brasileiro, principalmente após o advento da Constituição de 1988 e a Reforma do Estado ocorrida na década de 1990, fizeram com que ganhasse força a hipótese de que a noção desse instituto estaria em crise atualmente.

A noção tradicional de serviços públicos – que foi usada como referência pela doutrina nacional para desenvolver o que se entende por serviço público no Direito brasileiro – baseava-se em três critérios orientadores: subjetivo, material e formal. O subjetivo estabelecia que seriam serviços públicos todas as atividades prestadas diretamente pelo Estado. O critério material, por sua vez, qualificava os serviços públicos como atividades que satisfaziam as necessidades coletivas da população. Por fim, o critério formal era no sentido de que os serviços públicos seriam aquelas atividades executadas sob regime jurídico de direito público, prevendo prerrogativas face ao direito comum. Entretanto, conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho²⁴⁰, a conformação que se tem hoje do serviço público no cenário brasileiro diverge bastante da noção clássica.

Com efeito, o texto constitucional prevê a possibilidade de que o serviço público não seja mais prestado somente de forma direta pelo Estado, mas também indiretamente, por meio de concessões e permissões concedidas a particulares. Ademais, nesse contexto, a ideia de competição entre os prestadores privados de serviços públicos tem sido inserida como uma forma de ampliar os benefícios prestados aos cidadãos.

Frise-se, ainda, que houve uma mudança de entendimento quanto ao papel a ser desempenhado pelo Estado brasileiro. Se antes cabia ao Estado atuar sempre, intervindo na sociedade para garantir a satisfação das necessidades sociais, hoje se entende que cabe ao Estado abster-se de executar atividades que os próprios particulares possam desenvolver a

²⁴⁰ Neste ponto, remetemos o leitor ao subitem 1.2.6, do capítulo 1, que trata sobre as “Críticas aos critérios orientadores da noção de serviço público”, bem como ao item 3.1 do presente capítulo, o qual descreve as transformações por que passou a noção de serviço público, no Direito brasileiro, após a Constituição de 1988.

contento por conta própria. Assim, ampliou-se o espaço da iniciativa privada, passando o Estado a desenvolver papel de incentivador, controlador e fiscalizador das atividades.

Em razão da maior participação dos entes privados na prestação de serviços públicos, passou-se a admitir que nem sempre esta será regida por normas de direito público, exorbitantes das de direito comum. A verdade é que, em algumas situações em que particulares são prestadores do serviço, cabe a regência do direito privado, ainda que não se possa afastar completamente a incidência do direito público.

Resta claro, portanto, que os serviços públicos, no contexto do Estado brasileiro atual, têm sofrido, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, “sucessivos choques de alta tensão”²⁴¹, uma vez que têm adquirido contornos considerados impensáveis se levarmos em conta as orientações da noção clássica de serviço público pensada pela Escola de Bordeaux. Por esse motivo, ganhou força a ideia de que atualmente a noção tradicional do instituto estaria em crise no Direito brasileiro, motivo pelo qual deveria ser abandonada ou substituída.

Ressalte-se, também, que há influência do contexto europeu nesse sentido. Isso ocorre porque a União Europeia teve sua criação baseada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, promovendo uma mudança de paradigma no papel do Estado, o que levou à necessidade da reelaboração da concepção de serviço público no âmbito do direito comunitário europeu.

Assim, passou-se a não mais usar a expressão “serviços públicos”, mas sim “serviços de interesse econômico geral”, os quais deveriam se submeter às regras de concorrência, ocorrendo sua liberalização. Como consequência dessa abertura ao mercado, ocorreram diversas privatizações de empresas públicas e a atenuação das diferenças existentes entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público.

Dessa forma, tendo em vista que as transformações ocorridas no âmbito do direito comunitário europeu acabaram por levar a um afastamento da noção clássica de serviço público, inclusive tendo sido substituída pela expressão “serviços de interesse econômico geral”, há quem defenda que o mesmo está ocorrendo no Brasil, no qual a ideia de serviço público também estaria perdendo importância²⁴². Essa seria mais uma das razões que levariam a crer que a noção de serviço público estaria em crise hoje no cenário brasileiro.

²⁴¹ SUNDEFELD. A Administração Pública na era do Direito global, p. 4.

²⁴² Nesse sentido é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld, para quem o ideal seria adotar no Direito brasileiro, a exemplo da União Europeia, a expressão “serviços de interesse econômico geral” para designar os serviços de titularidade estatal que são abertos à prestação pela iniciativa privada, mediante regulação do Estado. (SUNDEFELD. A Administração Pública na era do Direito global, p. 4).

3.2.2 A sobrevivência do serviço público

Não obstante as diversas alterações que têm marcado a noção de serviços públicos no contexto brasileiro atual, a verdade é que eles permanecem “vivos” na realidade nacional.

Com efeito, entende-se que

a evolução na prestação de serviços – que vêm sendo gradativamente transferidos à esfera privada – poderia levar à impressão de que não existem mais serviços públicos (...)

Essa impressão é equivocada: o art. 175 da CF Brasileira atribuiu o serviço público ao Poder Público, diretamente ou sob concessão ou permissão. Foi uma opção política, na medida em que se entendeu que certos serviços não podem ficar submetidos às regras do livre jogo de mercado²⁴³.

Ocorre que a caracterização de uma atividade como serviço público depende das opções políticas que são feitas em relação ao Estado e ao seu papel. Essas opções farão com que o ordenamento jurídico fixe quais atividades serão classificadas como serviços públicos.

Odete Medauar ensina que são diversas as finalidades que levam a se considerar uma atividade como sendo serviço público, dentre elas: “retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico”²⁴⁴.

José Eduardo de Alvarenga, por sua vez, entende que essa decisão política está fortemente relacionada ao fato de que o cidadão não pode depender apenas da lógica do mercado para prover suas necessidades, razão pela qual o Estado tem a obrigação de desempenhar certas tarefas para alcançar o bem-estar social²⁴⁵.

De fato, partindo-se da ideia de que os serviços públicos estão intimamente ligados às opções políticas feitas pelo Estado, parece claro que, havendo alterações nas decisões que são tomadas, os serviços públicos sofrerão reflexos diretamente, havendo a necessidade de se adequar o instituto às novas circunstâncias sociais e econômicas. Veja-se, por oportuno, a lição de Fernanda Schuhli Bourges a esse respeito:

(...) havendo questionamentos acerca da concepção de Estado, o serviço público também tem sua noção, de certa forma, questionada com a possibilidade de sofrer algumas adaptações (...)²⁴⁶.

²⁴³ ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 328.

²⁴⁴ MEDAUAR. *Direito Administrativo moderno*, p. 335.

²⁴⁵ ALVARENGA. O Serviço público, p. 329

²⁴⁶ BOURGES. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 73.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho sustenta que o serviço público “permanece existente como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada por cada povo”, razão pela qual, a despeito das inúmeras mudanças que tem sofrido na atualidade, não se pode falar na sua “morte”²⁴⁷.

Diga-se que, na mesma linha, é a orientação de Odete Medauar:

A atividade de prestação de serviços públicos não se encontra em crise, nem desapareceu; ao contrário, hoje se reveste de grande importância, sobretudo porque impõe ao poder público uma exigência de atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição²⁴⁸.

Uma vez que têm vinculação direta com a efetivação dos direitos fundamentais, os serviços públicos são peças essenciais nas atividades desempenhadas pelo Estado, razão pela qual “em todos os países do mundo, diferencia-se o regime jurídico privado, reservado para a exploração econômica em sentido restrito, daquele aplicável às atividades relacionadas com o interesse coletivo”. Como consequência disso, tem-se que “sempre existe um núcleo reconduzível ao que se denomina *serviço público*”²⁴⁹.

Nesse sentido, para Justen Filho, “a morte do serviço público apenas pode ser entendida como a extinção de atividades estatais secundárias e irrelevantes que foram indevidamente enquadradas como serviço público”, mas não das atividades consideradas essenciais para a satisfação das necessidades da população²⁵⁰.

Não é outro o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem as tentativas de acabar com os monopólios estatais e de introduzir a ideia de competição na prestação dos serviços públicos não permitem que se fale em crise na noção de serviço público no Direito brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal continua atribuindo atividades ao Poder Público e prevendo a prestação do serviço público como encargo estatal, nos termos do art. 175²⁵¹.

Salienta-se, ainda, o ensinamento pertinente de Fernanda Schuhli Bourges²⁵² no sentido de que “a crise representa, em verdade, uma possível transformação e adaptação, até

²⁴⁷ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 710.

²⁴⁸ MEDAUAR. *Direito Administrativo moderno*, p. 335.

²⁴⁹ Para Justen Filho, o serviço público só poderá desaparecer quando a iniciativa privada conseguir, por si só, prestar a contento as atividades, de forma a garantir a satisfação dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Observa o autor, contudo, que essa alternativa não se configura plausível, uma vez que conduziria à própria extinção do Estado. (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 710, grifo do original.).

²⁵⁰ JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*, p. 710.

²⁵¹ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 110-111.

²⁵² BOURGES. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro, p. 73.

mesmo uma certa turbulência, mas não significa a supressão do instituto serviço público; pelo contrário, é possível que propicie sua evolução”²⁵³.

É que, conforme entendemos, não se pode dizer que a noção de serviço público esteja em declínio ou tenha sido abandonada no Brasil, razão pela qual não é cabível afirmar que esteja em crise. Essa ideia de crise, ao contrário, está relacionada “à situação de passagem para um novo momento de sua elaboração”²⁵⁴. É que, segundo bem ensina Carlos Roberto Martins Rodrigues, “evoluindo a Sociedade, fonte do Direito e do Poder, evoluem, também, como projeções dela, as instituições políticas e os institutos jurídicos”²⁵⁵. Portanto, não se trata de decadência do instituto, mas sim de uma evolução, isto é, de uma adequação à nova realidade social.

Ademais, Vívian López Valle defende que a noção de serviço público não apenas não desapareceu, como apresenta-se atual e extremamente necessária no contexto da reformulação do Estado brasileiro. Entende a autora que, sendo elemento determinante para a satisfação das necessidades da coletividade – inclusive desempenhando papel essencial na proteção das classes menos favorecidas –, os serviços públicos constituem “a base de todo o Estado Democrático de Direito, na qual se funda a República Federativa do Brasil”²⁵⁶.

Com efeito, conforme foi dito, a fundamental relevância dos serviços públicos diz respeito à satisfação das necessidades da sociedade. No contexto brasileiro, observa-se que esse papel torna-se ainda mais significativo, mormente quando se verifica a realidade socioeconômica nacional, em que grande parcela da população sequer tem acesso aos serviços básicos. Diante dessa realidade, portanto, não é concebível pensar que o Estado não tenha que garantir a prestação de atividades essenciais à sociedade. Como ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho,

constituindo a Administração Pública aparelhamento do Estado voltado, por excelência, à satisfação cotidiana das necessidades coletivas, a legitimidade do Estado-Administração depende da sua eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais²⁵⁷.

²⁵³ No mesmo sentido, confira-se a lição de Dinorá Grotti: “forçoso é reconhecer que a noção de serviço público é essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social e, como todo instituto, só pode ser compreendido pelo estudo de sua história e das tendências sociais da nossa época.” (GROTTI. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 148).

²⁵⁴ MEDAUAR. *O Direito Administrativo em evolução*, p. 266.

²⁵⁵ RODRIGUES. A crise e a evolução do conceito de serviço público, p. 135

²⁵⁶ VALLE, Vívian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 547.

²⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174.

Ressalte-se que, até mesmo no cenário atual do direito comunitário europeu, em que há uma prevalência no sentido da liberalização dos serviços públicos, buscou-se equilibrar a abertura dos mercados com a necessidade de que os serviços básicos da população sejam prestados, assegurando-se de que sejam acessíveis a todos os indivíduos.

Fica patente, pois, que, se nos Estados em geral a prestação de serviços públicos já tem relevância, no cenário brasileiro esta se torna ainda mais significativa, haja vista os problemas sociais e econômicos de que padece grande parte da população, de modo a exigir do Estado uma intervenção mais efetiva no oferecimento de utilidades básicas. Entende-se, assim, que, no Brasil, “os serviços públicos são, além do mais, uma condição material da própria democracia”²⁵⁸, motivo pelo qual, apesar das diversas mudanças sofridas em sua concepção clássica, não se pode prescindir deles no âmbito nacional.

²⁵⁸ MOREIRA. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia, p. 247.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com este trabalho, analisar a evolução da noção de serviço público ao longo da história e, de forma mais específica, sua conformação atual no Direito brasileiro, verificando se a noção tradicional advinda da Escola francesa ainda apresenta aplicação prática na realidade dos nossos dias. Após a pesquisa feita para essa finalidade, pudemos chegar a algumas conclusões, as quais merecem ser apresentadas.

As instituições jurídicas, em geral, têm profunda ligação com as relações que são desenvolvidas entre o Estado e a sociedade em determinado momento histórico, de tal modo que, uma vez que essas relações são dinâmicas, as instituições jurídicas, por via de consequência, também não permanecem incólumes com o passar do tempo.

Os serviços públicos são um exemplo de categoria jurídica que sofreu diversas transformações em decorrência das modificações nas relações entre o ente estatal e a coletividade.

Quando a noção de serviço público foi sistematizada, na França, no início do século XX, graças à contribuição da Escola do Serviço Público, cujos principais expoentes foram Léon Duguit e Gaston Jèze, esse instituto jurídico era tido como o centro do direito administrativo.

Com base nos estudos feitos pelos doutrinadores dessa Escola francesa, foram criados três critérios para orientar a noção de serviço público, visando a adequar a prestação dos serviços à realidade do momento histórico da época. Assim, três acepções eram usadas para a caracterização de uma atividade como serviço público: subjetiva (atividades desempenhadas pelo Estado), material (atividades que visavam à satisfação de interesses gerais) e formal (atividades executadas sob regime jurídico de direito público). Entretanto, a utilização isolada de cada uma dessas acepções não era capaz, por si só, de designar a ideia do serviço público como um todo, razão pela qual se passou a considerar a combinação dos três critérios orientadores para a elaboração de uma noção tradicional do instituto.

Dessa forma, a noção tradicional de serviço público funcionava como um conceito mais amplo e complexo, abarcando as três acepções. Os serviços públicos, em conformidade com essa ideia clássica, eram entendidos, portanto, como atividades de interesse geral, prestadas pelo ente estatal, e regidas por normas de direito público, as quais preveem prerrogativas em relação ao direito comum.

Essa noção clássica de serviço público se espalhou pelo mundo, chegando também ao Brasil. No cenário nacional, a expressão “serviço público” apareceu pela primeira vez no texto constitucional de 1934. Da mesma forma, a Constituição vigente, promulgada em 1988, também faz referência à mesma expressão. Todavia, desde então, não foi erigido um conceito de serviço público pela legislação brasileira, motivo pelo qual a incumbência de defini-lo acabou por ficar nas mãos da doutrina pátria.

Nesse contexto, observa-se que os doutrinadores brasileiros divergem muito em relação ao conceito de serviço público. Entretanto, uma semelhança deve ser ressaltada: a de que eles partem justamente da noção tradicional do instituto, uma vez que, em sua maioria, adotam os três critérios orientadores da noção para embasar suas definições. As distinções situam-se, porém, na variação quanto à adesão a essas três acepções – de modo que cada doutrinador faz suas ressalvas quanto à aplicação de cada um dos critérios, podendo adotar a noção tradicional como um todo ou com maiores ou menores variações –, bem como nas alterações que esses critérios orientadores sofreram, com o passar do tempo, para se adequarem à nova realidade brasileira.

Tanto é assim, que, atualmente, apesar de algumas posições antagônicas, a doutrina majoritária ainda atribui aos serviços públicos a característica de serem de titularidade estatal, tendo como fundamento o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Dessa forma, entende-se que, mesmo que o Estado delegue a prestação dos serviços públicos a particulares, a titularidade do ente estatal não se desnatura, na medida em que será delegada apenas a execução da atividade em si, mas o vínculo com o Poder Público, que foi fixado pelo texto constitucional, permanecerá.

Quanto ao regime jurídico adequado para disciplinar a prestação dos serviços públicos, tem-se, mais uma vez, uma proximidade com a noção tradicional, haja vista que a maior parte da doutrina brasileira entende o regime jurídico de direito público como sendo característica determinante para a configuração de uma atividade como serviço público. Sendo assim, apesar de alguns autores defenderem que a nova realidade nacional pede uma ruptura com essa visão clássica, abrindo espaço para o regime de direito privado, a verdade é que se admite hoje que o regime seja apenas parcialmente de direito público; entretanto, o que não se admite é a execução de um serviço público sendo regida exclusivamente por normas do direito comum. Depreende-se, pois, que sempre haverá um *quantum* de direito público quando da prestação de um serviço público, ainda que tal regime não seja aplicado em sua totalidade.

No tocante ao terceiro critério orientador da noção clássica, qual seja, a aceção material de serviço público, verifica-se que, ainda hoje, os serviços públicos são entendidos, por grande parte da doutrina brasileira, como atividades voltadas à satisfação de interesses gerais da coletividade. Percebe-se, assim, que, dos três critérios orientadores da noção tradicional, o material foi o que menos se modificou ao longo do tempo, ensejando menos controvérsias que os demais.

Com efeito, entende-se que os serviços públicos têm vinculação direta com os direitos fundamentais, na medida em que constituem atividades destinadas a satisfazer necessidades da sociedade, bem como a preservar a dignidade da pessoa humana. Fica claro, assim, que, no que tange ao aspecto material, a concepção que se tem hoje de serviço público também guarda vinculação próxima com a noção clássica.

O fato de a doutrina pátria ainda se utilizar da noção tradicional de serviço público para conceituar essa categoria jurídica no Direito brasileiro é de extrema relevância, haja vista demonstrar que, a despeito das alterações ocorridas na concepção clássica do serviço público, esta ainda permanece viva no cenário nacional, continuando a ser o fundamento para a definição do instituto no país – tendo em vista que não há conceito constitucional ou legal para essa categoria jurídica.

Ademais, os serviços públicos estão intimamente ligados às opções políticas feitas pelo Estado, de tal forma que, havendo alterações no papel do ente estatal, estas se refletirão diretamente na noção de serviço público. Isso se torna facilmente perceptível quando se analisam as possíveis “crises” pelas quais o instituto teria passado e estaria passando atualmente.

De fato, a primeira ideia de que a noção de serviço público teria entrado em crise surgiu quando da transição do Estado Liberal para o Estado Social, época na qual houve uma mudança ferrenha na atuação estatal, pois passou-se de um Estado não-intervencionista, cujo papel era apenas o de proteger os indivíduos, para um Estado intervencionista, que ampliou seu número de prestações perante a sociedade e que, por isso, passou a contar com o auxílio dos particulares na prestação dos serviços públicos. Assim, com esse novo papel estatal, alguns doutrinadores passaram a argumentar que a noção tradicional de serviços públicos já não se adequava à realidade, razão pela qual passaram a dizer que ela teria entrado em “crise”.

Esse mesmo entendimento voltou a se firmar nos dias de hoje. Com a globalização e os avanços tecnológicos, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência foram impulsionados, passando a conferir maior importância à iniciativa privada. Ademais, com a

propagação das ideias neoliberais, que ganharam notoriedade inclusive no âmbito nacional, passou-se a defender um Estado subsidiário, isto é, o ente estatal deve abster-se de executar as atividades que os particulares estão aptos a desenvolver de modo satisfatório com seus próprios meios. Assim, a atuação do Poder Público na ordem econômica somente deve ocorrer de forma direta nos casos em que a iniciativa privada não quiser prestar certo serviço que é essencial à população ou não conseguir prestar tal serviço fundamental de forma a satisfazer as necessidades da sociedade. Nos demais casos, o Estado deve atuar como regulador, incentivador e fiscalizador da atuação privada. Como consequência desse novo papel, tem-se que há uma redução das tarefas desempenhadas pelo Estado diretamente, ampliando-se o espaço para que os particulares o façam, motivo pelo qual começou a haver muitas delegações de prestação de serviços públicos – que antes eram prestados exclusivamente pelo Estado – à iniciativa privada.

Além disso, as transformações ocorridas nos Estados europeus, em razão da criação da União Europeia, levaram a um afastamento da noção clássica de serviço público, com a substituição dessa expressão por “serviços de interesse econômico geral”, os quais devem estar submetidos às regras da concorrência. Com base nesse panorama europeu, alguns autores defendem que o mesmo está ocorrendo no Brasil, no qual a ideia de serviço público também estaria perdendo sua importância.

Nesse contexto de novas mudanças, ganhou força, mais uma vez, a ideia de que a noção tradicional de serviço público estaria perdendo sua razão de ser no cenário brasileiro, tendo em vista as inúmeras alterações ocorridas na forma de conceber esse instituto. Argumenta-se, nesse sentido, que a “crise” seria motivada pelas transformações significativas ocorridas nos critérios orientadores da noção clássica, especialmente, nas acepções subjetiva e formal.

Resta claro, portanto, que, nas duas vezes em que se defendeu que a concepção de serviço público estaria em crise, não mais servindo para traduzir de forma satisfatória a realidade do país, essas hipóteses foram levantadas devido a modificações ocorridas no papel desempenhado pelo Estado, o que demonstra que a concepção de serviço público está diretamente relacionada ao modelo estatal, à expectativa da sociedade em relação ao Estado e às opções políticas. Assim, se o Estado passa por alterações e se transforma, a noção de serviço público seguirá a mesma sina.

É que, a despeito de a Constituição Federal prever a livre iniciativa como princípio da ordem econômica brasileira, há certas atividades que estão intimamente vinculadas à

efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual o Estado não pode deixá-las ao alvedrio da iniciativa privada, correndo o risco de que não sejam prestadas de forma satisfatória pelos particulares. Por esse motivo, tais atividades são estabelecidas e fixadas na legislação nacional como serviços públicos. Percebe-se, dessa maneira, que a fixação de uma atividade como serviço público envolve opções feitas pelo ente estatal quanto ao seu papel junto à sociedade, por isso a prestação desses serviços varia conforme o papel do Estado e o momento histórico.

Fica claro, pois, que as mudanças por que vem passando a concepção desse instituto são reflexo dessas decisões tomadas pelo Estado, razão pela qual se pode pensar de modo evolutivo no serviço público, mas não em uma “crise” da noção. Isso significa que, conforme a realidade vivenciada, pode-se mudar a noção que se tem de serviço público, acrescentando novas conformações, como a prestação por particulares e a concorrência entre os prestadores, sem abolir a presença do Estado, uma vez que as necessidades essenciais da população não podem ficar à mercê apenas da lógica do mercado.

Cabe aduzir, ainda, a importância ímpar que a noção de serviço público apresenta no âmbito nacional, haja vista os problemas sociais e econômicos de que padecem inúmeros cidadãos brasileiros. É que, como se sabe, no Brasil, observa-se a carência de grande parte da população, razão pela qual a prestação de serviços básicos pelo Estado ganha contornos ainda mais relevantes na busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Pode-se dizer, assim, que é justamente a necessidade de garantir a satisfação dos direitos fundamentais – principalmente da população mais carente – que faz com que os serviços públicos permaneçam relevantes no cenário brasileiro, não obstante as diversas transformações por que têm passado.

Ante tudo o que foi exposto, fica patente que a noção de serviço público não desapareceu e nem mesmo se encontra em crise no Direito brasileiro, uma vez que, não apenas não está em declínio como tampouco foi abandonada, sendo, ainda, de extrema relevância no cenário nacional. O que ocorre com os serviços públicos, na verdade, é que eles passam por transformações para se adequarem às novas realidades, sem, contudo, desnaturar completamente a configuração clássica do instituto, a qual continua a se constituir em fundamento para embasar as definições de serviço público elaboradas pelos doutrinadores brasileiros até hoje. Sendo assim, pode-se entender que a ideia de serviço público encontra-se em evolução, isto é, em situação de passagem para um novo momento de sua elaboração, mas não em declínio.

As características da mutabilidade e da adaptabilidade são inerentes ao instituto do serviço público, permitindo que ele se adeque às modificações ocorridas na realidade. É por esse motivo que, ainda que as concepções de Estado passem por transformações, os serviços públicos não sucumbem, pois se adaptam e se ajustam às novas situações apresentadas.

Dessa forma, verifica-se que os serviços públicos ainda hoje se revestem de grande importância no cenário nacional, mormente devido ao fato de imporem ao ente estatal uma exigência no sentido de que os direitos fundamentais sejam efetivamente assegurados e garantidos.

Diante de todos os fundamentos apresentados, verifica-se que a hipótese aventada no início desta pesquisa foi confirmada. Conclui-se, pois, que a resposta para a pergunta-problema levantada no presente trabalho – a qual, inclusive, está no título desta monografia – se dá no sentido de que a noção de serviço público no Direito brasileiro não está em crise, permanecendo viva e desempenhando importante papel na satisfação das necessidades da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Monica Piccolo. *Reformas Neoliberais no Brasil: A privatização nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso*. 2010. 427 f. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2010.

ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (orgs.). *Curso de direito administrativo econômico*. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/76479541/Arino-Ortiz-Gaspar-Principios-der-publico-economico-copia#page=569>>. Acesso em: 18/10/2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed., rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BOURGÉS, Fernanda Schuhli. Aspectos da noção de serviço público no contexto brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. 1ª ed., 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. O serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (orgs.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo, vol. IV: o pessoal da administração pública*. 2ª ed. atual., ampl. e revista. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

Disponível

em

<<http://archive.org/stream/lestransformati00dugugoo#page/n10/mode/2up/search/service+public>>, acesso em 23/08/2013.

_____. *Traité de droit constitutionnel*, t. 2. Paris: Fontemoing, 1921. Disponível em <<http://www.archive.org/stream/traitdedroitco02dugu#page/56/mode/2up>>, acesso em 23/08/2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 1, p. 215-225, jan./mar. 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo*. t. 2. Buenos Aires: La Ley, 1968.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 2: La defensa del usuário y del administrado. 2ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. 2, t. 1. Tradução direta da 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. rev., ampl. e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 28ª ed. revista e ampliada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2008.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. In: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº1, p. 227-248, jan./mar. 2003.

NEGRÃO, João José de Oliveira. O governo FHC e o neoliberalismo. In: *Revista Lutas Sociais*, vol. 1, nov. 1996. Disponível em: <http://www.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_negrao.pdf>. Acesso em: 17/10/2013.

NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado *estado regulador*. In: *Revista Sequência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064/13731>>. Acesso em: 01/10/2013.

NUNES, Ricardo da Costa. *Privatização e ajuste fiscal no Brasil*. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIpremio/ajuste_fiscal/1tefpIIPTN/NUNES_Ricardo_da_Costa.pdf>. Acesso em: 18/10/2013.

RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. In: *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 130-146, jan./jun. 1981.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Sítio eletrônico da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/index_en.htm>. Acesso em: 08/10/2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito global. In: *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. 1, nº 2, maio de 2001, Salvador/BA. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18/10/2013.

VALLE, Vívian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.